

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUIDA FERNANDA PROENÇA BITTENCOURT

DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS:

**UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO E ANÁLISE DO DISCURSO
JURÍDICO**

CURITIBA

2017

GUIDA FERNANDA PROENÇA BITTENCOURT

DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS:

**UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO E ANÁLISE DO DISCURSO
JURÍDICO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Letras – Estudos Linguísticos, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do Título de Doutora em Letras.

Orientadora: Prof^{fa} Dr^a Lígia Negri
Universidade Federal do Paraná.

Orientador de estágio sanduiche: Prof. Dr. Dominique Maingueneau
Universidade Paris IV – Sorbonne.

CURITIBA

2017

Catálogo na publicação
Mariluci Zanela – CRB 9/1233
Biblioteca de Ciências Humanas e Educação - UFPR

Bittencourt, Guida Fernanda Proença
Dormientibus non succurrit jus: uma proposta de descrição e
análise do discurso jurídico / Guida Fernanda Proença Bittencourt –
Curitiba, 2017.
204 f.; 29 cm.

Orientadora: Lúgia Negri
Tese (Doutorado em Letras) – Setor de Ciências Humanas da
Universidade Federal do Paraná.

1. Análise do Discurso. 2. Discurso jurídico. 3. Assembléias
constituintes - Brasil - Discursos. I. Título.

CDD 340.11



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Setor CIÊNCIAS HUMANAS
Programa de Pós-Graduação LETRAS

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em LETRAS da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de GUIDA FERNANDA PROENCA BITTENCOURT intitulada: **"DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS: UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO E ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO"**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua Aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 18 de Agosto de 2017.

LIGIA NEGRÍ
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

GESUALDA DE LOURDES DOS SANTOS RASIA
Avaliador Interno (UFPR)

FLAVIO DE AZAMBUJA BERTI
Avaliador Externo (UP)

PAULO RICARDO OPUSKA
Avaliador Externo (UFPR)

SÍRIO POSSENTI
Avaliador Externo (UNICAMP)

*ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva
à Presidenta Dilma Rousseff*

AGRADECIMENTOS

É pecado de se confessar que desde o início dos trabalhos, nas pausas reflexivas que a produção impõe, e mais ainda no meu caso, que ando dispersa (mais um pecado, mais uma confissão!), ficava fantasiando sobre esse momento: os agradecimentos! Tão importantes quanto o produto final da pesquisa, é, sem dúvida, as contas todas que vamos fazendo ao longo do processo. E isso não começa na aprovação da seleção para o doutoramento, mas muito antes. Lamento que possa se tornar extenso, mas não farei muito esforço para concisão nesse momento.

Aos meus pais, Julio e Beatriz. Ermão amigo, amigo ermão Santiago. Obrigada!

À professora que me incentivou desde os primeiros passos, pelo carinho, confiança e amor, (tia) Alice, obrigada.

Aos professores das graduações de Letras e Direito, especialmente à Ana Paula de Melo Peixoto, pelo respeito nos diálogos, pelos diálogos, pelo respeito; ao professor Benito Rodriguez, pelo privilégio de tê-lo na minha formação; ao professor Roberto Oresten, meu orientador no TCC da graduação de Direito, excelente na demonstração de que a seriedade não é sisuda; ao professor Flávio Berti, meu orientador na monografia de especialização, sempre fonte de inspiração na vida acadêmica e profissional.

Aos amigos que partilharam dessa etapa da minha vida: Marina Domingues, irmã que eu pude escolher, pelos 32 anos (!) de parceria; Thyenne Vilela, pelo amor de sempre e para sempre; Iraisi Gehring (que fez nesse tempo o João!), Mauren Fujii e Eduardo Baggio por serem as *jitas*® mais amadas do mundo, por me darem um pedacinho de vocês e aceitarem um meu, porque unidos jamais seremos vencidos, porque são minha terapia, minha gargalhada, são as melhores jantinhas, as melhores feijucas, as melhores figurinhas de qualquer livro, ou melhores áudios de WhatsApp. À Patrícia Novaes com quem tive o prazer de dividir as aventuras de Paris, comadre apalavrada, menção honrosa ao David, francês que mais gosta de fofoca.

À Geisa Mueller pelo suporte e paciência.

Agradeço ainda ao Luizito (Luiz França Filho), Camila Barp, Beatriz Santa Rita, Luiz e Celina Andrioli (que fizeram a fofura do Francisco), Tatiana Sasaki, Ana Seleme (que fez a Helena), Thais Cunha, Maristela Lima (que fez o Gael), Evelise Teixeira (que está

fazendo uma pessoinha nesse momento), Priscila Noro e Vicente Higino Neto, meu primeiro (e melhor) chefe, atento e dedicado no meu processo de aprendizagem. Obrigada.

Aos colegas de área, amigos que nasceram em cada discussão, debates, embate, agradeço o diálogo, obrigada Rodrigo Bueno, Andressa D'Avila, Rosália Piroli, Marina Legroski, Livy Real, Mauricio Benfati, Gabriela Holas, Valdilena Rammé.

Aos meus colegas do escritório, com respeito e admiração, especialmente à Flávia de Souza Vilela (que nesse tempo fez o Rodrigo), minha sócia, minha amiga, melhor advogada que eu já via atuando, consultora especial desse trabalho, conselheira & humorista sempre disponível, pelo suporte em todas as minhas ausências, pela paciência, pelo incentivo em todos os momentos, agradeço profundamente.

Ao professor doutor Dominique Maingueneau pelo acolhimento em Paris e pela incansável disposição com a orientação desses meus passos.

Aos professores doutores componentes da banca de avaliação, agradeço por aceitarem o encargo e proporcionarem esse valioso diálogo. Meu agradecimento especial ao professor doutor Sírio Possenti, pelo suporte desde o mestrado, pelo incentivo com o estágio sanduíche em Paris, pelas contribuições nos exames de qualificação, pela generosidade e disposição; à professora doutora Gesualda Rasia, leitora atenta e precisa, pelas contribuições nos debates ainda no mestrado, pelos encaminhamentos no exame de qualificação deste trabalho. Agradeço sinceramente.

À CAPES pela concessão da bolsa ao longo do doutorado, especialmente pela bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (Processo PDSE n. 99999.008901/2014-07).

À professora doutora Lígia Negri, que menciono aqui por último, porque realmente não sei como agradecer. Há 17 anos nosso caminho se cruzava e espero que para sempre. Ensaio esse agradecimento mentalmente há tanto tempo e me deparo agora com a completa incapacidade de fazê-lo sem evitar uma lista de elogios que pode parecer despropositada. Obrigada por acreditar, por confiar e por sempre incentivar. Minha admiração e meu respeito são infinitos. Obrigada.

“O que é, pois, a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram realçadas poética e retoricamente, transpostas e adornadas, e que, após uma longa utilização, parecem a um povo consolidadas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são[...]” in: NIETZSCHE, Friedrich. Sobre Verdade e Mentira. Trad. Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008. p. 36.

RESUMO

A partir do arcabouço teórico da Análise do Discurso (AD) de linha francesa, em especial as contribuições de Maingueneau, propomos uma descrição e análise do campo do Direito a partir de sua discursividade. Partimos da discussão sobre as concepções de discurso e os postulados teóricos da AD, traçando um panorama de existência dessa disciplina, propondo diálogos com a sociologia de Bourdieu e a obra de Foucault – entre outras contribuições mobilizadas – para descrever o modo como a prática discursiva no campo do Direito se constitui. Delimitando o trabalho ao Direito Brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988 até meados de 2015 buscando responder como dado enunciado se inscreve no Discurso Jurídico e quais os modos de mobilidade dos enunciados no campo. Para isso, descrevemos o funcionamento discursivo propondo a constituição de esferas de existência, quais sejam, o discurso jurídico legislativo, o discurso jurídico judicial e o discurso jurídico pedagógico. Feita a classificação, propusemos elementos de análise a partir dos quais descrever o funcionamento discursivo de cada esfera, observando especialmente a constituição da esfera, a fonte legitimadora atuante, a cena genérica específica e os gêneros centrais e periféricos da esfera, os movimentos dos enunciados e a atuação dos atores. Observou-se um em cada esfera a atuação de atores diferentes, bem como a mobilização de gêneros textuais específicos. Observou-se que em cada esfera há um centro de legitimidade diferente, que interfere diretamente na atuação dos atores e no protagonismo de certos gêneros. A partir da classificação que propusemos, verificou-se que as partes integrantes do Discurso Jurídico têm funcionamentos bastante distintos entre si, desconstruindo a falsa noção de homogeneidade de funcionamento do campo, dada também pelo tipo de movimento e trânsito dos enunciados, tanto internamente em cada esfera, bem assim como no diálogo entre as esferas quanto também para fora do campo. Ao final, pela descrição dos funcionamentos discursivos individualizados, buscamos identificar identidades, chegando ao fim à conclusão da classificação do Discurso Jurídico como um discurso do tipo constituinte, cuja autonomia se dá pelo movimento de forja e autodependência entre as esferas que o formam, num constante retroalimentar-se, em forma e conteúdo, cujo fundamento de existência se centra em si próprio e em sua manutenção.

Palavras-chave: Análise do Discurso. Discurso Jurídico. Discurso Constituinte.

RESUME

À partir du cadre théorique de l'analyse du discours (AD) de ligne française, en particulier les contributions de Maingueneau, proposent une description et une analyse du domaine du droit dès sa discursivité. Nous commençons la discussion des concepts de la parole et de postulats théoriques de l'AD, en train de tracer un aperçu de l'existence de cette discipline, en proposant dialogues avec la sociologie de Bourdieu et de l'oeuvre de Foucault - entre autres contributions mobilisées - pour décrire comment la pratique discursive du domaine du droit est constituée. Le travail a délimité la loi brésilienne inaugurée par la Constitution fédérale de 1988 jusqu'à la mi-2015 à la recherche d'une réponse comme énoncée s'inscrivant dans le discours juridique et quels modes de mobilité sont prévus dans le domaine. Pour cela, nous décrivons le fonctionnement discursif proposant la constitution de sphères d'existence, à savoir, le discours juridique législatif, le discours juridique judiciaire et, finalement, le discours juridique pédagogique. A partir de la classification, nous proposons les éléments d'analyse à partir desquels décrivent le fonctionnement discursif de chaque sphère, en prenant note en particulier la mise en place de la sphère, la source de légitimation active, la scène générique spécifique et les genres centraux et périphériques de la sphère, les mouvements des déclarations et la performance des acteurs. Il a été observé, en chaque sphère, du rôle des différents acteurs et la mobilisation des genres spécifiques. Il a été observé que, dans chaque sphère il y a un centre de légitimité différente, ce qui affecte directement les performances des acteurs et le rôle principal de certains genres. De la classification proposée, il a été constaté que les parties intégrantes du discours juridique ont fonctionné très différemment entre eux, déconstruisant la notion fausse d'exploitation homogène du fonctionnement du champ, étant donné également par le type de mouvement et de transit des déclarations, tant à l'interne dans chaque sphère, ainsi que dans le dialogue entre les sphères et hors du terrain. À la fin, pour la description des opérations discursives individualisées, nous cherchons à identifier les identités, pour conclure finalement que le discours juridique est classifié comme un discours de type constituant, dont l'autonomie est à travers l'établissement de mouvement et de l'auto-dépendance entre les sphères qui forment, dans une rétroaction de mouvement constante, en forme et contenu, dont le fondement de l'existence se concentre sur lui-même et de son entretien.

Mots clés: Analyse du discours. Discours juridique. Discours Constituant.

LISTA DE SIGLAS

AD – Análise do Discurso

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

Alep – Assembleia Legislativa do estado do Paraná

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DC – Discurso Constituinte

DJBM – Discurso Jurídico Brasileiro Moderno

DJ – Discurso Jurídico

DJL – Discurso Jurídico Legislativo

DJJ – Discurso Jurídico Judicial

DJP – Discurso Jurídico Pedagógico

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TSM – Tribunal Superior Militar

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – CONFIGURAÇÃO DAS TRÊS ESFERAS	51
FIGURA 2 – TABELA RESUMO DAS CATEGORIAS DE ANÁLISE	61
FIGURA 3 – HIPÓTESE DO MOVIMENTO	80
FIGURA 4 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 1	112
FIGURA 5 – GRÁFICO DO QUADRO DE MAGISTRADOS POR COR/ETNIA	127
FIGURA 6 – GRÁFICO DO QUADRO DE MAGISTRADOS POR SEXO/GÊNERO	127
FIGURA 7 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 2	129
FIGURA 8 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 3	130
FIGURA 9 – MARCA DE AUTORIA	141
FIGURA 10 – ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO	163
FIGURA 11 – DESEMBARGADORES TJPE	164
FIGURA 12 – DESEMBARGADORES TJAC	164
FIGURA 13 – DESEMBARGADORES TJSP	165
FIGURA 14 – DESEMBARGADORES TJPR	165
FIGURA 15 – MODELO DE INTERFACE DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO – PROJUDI-TJPR	166
FIGURA 16 – PAUTA DA ALEP DE 06/2015 A 12/2015	166
FIGURA 17 – MODELO DE PETIÇÃO INICIAL EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO	168
FIGURA 18 - MODELO DE PETIÇÃO. CASO JOCOSO	170

SUMÁRIO

1. LEI DE INTRODUÇÃO	14
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS	14
LEI N. 0001/2017	17
2. PETIÇÃO INICIAL	20
I – DOS FATOS	20
II – DO DIREITO	21
II. i – Dos requisitos do art. 319 do CPC/2015	22
II. ii - Fundamentos jurídicos do pedido	24
II. ii. A - DO DISCURSO: CONCEPÇÃO	24
II. ii. B - DISCURSO DA (E NA) ANÁLISE DO DISCURSO	28
II. ii. C - A LINGUAGEM, O DIREITO E O DISCURSO	35
II. ii. D - DO ESPAÇO	39
II. ii. E - DO TEMPO	41
II. ii. F - DO <i>CORPUS</i>	43
II. ii. G - DAS QUESTÕES NORTEADORAS	44
III – DO PEDIDO	45
3. UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO E ANÁLISE	46
3. I - UMA (FALSA) HOMOGENEIDADE	46
3. II - UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO	51
4. DISCURSO LEGISLATIVO – UM (IN)CERTO PROCESSO	62
4. I - ESFERA	64
4. II - FONTE LEGITIMADORA	67
4. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS	70
4. IV – MOVIMENTO	80
4. V - ATORES	83
5. DO DISCURSO JURÍDICO JUDICIAL – DO IMPULSO À JURISPRUDÊNCIA	97
5. I - ESFERA	106

5. II - FONTE LEGITIMADORA	108
5. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS	112
5. IV – MOVIMENTO	119
5. V - ATORES	123
 6. DO DISCURSO JURÍDICO PEDAGÓGICO	 128
6. I - ESFERA	130
6. II - FONTE LEGITIMADORA.....	131
6. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS	134
6. IV - MOVIMENTO	138
6. V - ATORES	139
 7. CONVERGENCIAS E DIVERGÊNCIAS	 142
7. I - UM DISCURSO CONSTITUINTE?	142
7. II - CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
 REFERÊNCIAS.....	 154
 PROVAS DOCUMENTAIS – ANEXOS	 162
ANEXO I - FIGURA 10 – ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO	163
ANEXO II - FIGURA 11 – DESEMBARGADORES TJPE	164
ANEXO III - FIGURA 12 – DESEMBARGADORES TJAC.....	164
ANEXO IV - FIGURA 13 – DESEMBARGADORES TJSP.....	165
ANEXO V - FIGURA 14 – DESEMBARGADORES TJPR.....	165
ANEXO VI - FIGURA 15 – MODELO DE INTERFACE DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO – PROJUDI-TJPR	166
ANEXO VII - FIGURA 16 – PAUTA DA ALEP DE 06/2015 A 12/2015	168
ANEXO VIII - FIGURA 17 – MODELO DE PETIÇÃO INICIAL EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....	168
ANEXO IX – FIGURA 18 - MODELO DE PETIÇÃO. CASO JOCOSO	170
ANEXO X – ATA DE AUDIÊNCIA REALIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	171
ANEXO XI – VOTO DO MINISTRO RELATOR AYRESBRITO NA DISCUSSÃO SOBRE CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO	187

1.

LEI DE INTRODUÇÃO

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Curitiba, 20 de janeiro de 2015

Essa pesquisa inscreve-se no quadro teórico da Análise de Discurso (AD) de linha francesa, e parte de uma inquietação nascida da verificação das diversas facetas do discurso jurídico (DJ).

É verdade que a linguística já se debruçou sobre esse tema, a partir de variados pontos de vista, desde a semântica argumentativa à pragmática. A AD também já demonstrou interesse nesses dados, mas o que a revisão da literatura mostra é que o olhar para o discurso jurídico o segmenta demasiadamente, não oferecendo uma visão conjunta sobre ele. Se, por um lado, há uma supersegmentação, por outro, há também uma ideia de unidade, que parte de uma pressuposição de que estes segmentos funcionam da mesma forma, desconsiderando as particularidades. O que queremos dizer é que a nossa estratégia de pesquisa consiste em dar um passo para trás, para que com ele seja possível observar o fenômeno na sua inteireza, possibilitando fazer relações e buscar universalidades, respeitando e observando as partes que o formam.

Trocando em miúdos, observamos que aquilo que é considerado como *um* discurso jurídico é apenas uma parte dele, como por exemplo o discurso judicial, ou o discurso legal, ou ainda, aquele restrito à advocacia. De saída, observamos que uma falsa ideia de homogeneidade circula, sendo realmente impossível não partir desse dado para a execução desse trabalho.

Então, frente a esse estado de coisas, o nosso interesse é propor um panorama geral do discurso jurídico, observando as diferenças internas relativas à organização dos dispositivos do DJ a partir da descrição das esferas que o compõe.

O aporte teórico da AD permite investigar as instâncias de enunciação, os atores, a cena discursiva e os efeitos de sentido que escorrem desse lugar de fala, ou desse *tipo* de discurso

Sendo assim, enfrentaremos o trânsito entre diferentes instâncias enunciativas e a transposição discursiva que se dá conforme se trate de lugares de fala mais ou menos institucionalizados.

A AD é teoria da “instância da enunciação”, de modo que não interessa o sujeito antes do discurso (MAINGUENEAU, 1997, pág. 33). Isso não significa dizer que o sujeito não será objeto de análise, posto que os atores, nessa trama, são detentores de dados discursivos que nos interessam, mas significa dizer que os veremos por meio do discurso. Os enunciadores ocupam lugares de fala que determinam sua enunciação, tudo conforme uma ritualística prenhe de sentido. Para Foucault (2009b), “os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte também, políticos não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos”.

Cada topografia enunciativa, por sua natureza constitutiva, mobiliza gêneros específicos para cada lugar de circulação, materializando o discurso em linearizações concretas (POSSENTI, 2004), assim como, da prática discursiva, cada instância da enunciação a profere num dado *tom*¹, conforme sua semântica impõe.

Dito isto, a exposição de motivos tem, então o condão de preparar esse percurso, que passa pela necessária *lei de introdução*, que abre os debates na emulação da linguagem, forma e um gênero do discurso jurídico legislativo. Então, no capítulo seguinte, migramos para o discurso jurídico judicial, emulando o gênero petição (central na esfera), pelo menos em sua estética que, comporta uma ética de procedimento. Já nesses dois movimentos queremos demonstrar o quão rico é o material de análise, em suas divergências e convergências, nas tramas e diálogos internos. Adiante, passamos aos meandros do discurso jurídico pedagógico, que, por estar funcionando analiticamente e sendo parte do gênero tese de doutorado, já, em si, funciona como um metaexemplo.

¹Adiante, discutiremos melhor, já deixamos anotado, caráter e corporalidade de um *hiperenunciador* que perpassa o discurso jurídico em diversas das suas realizações, acionando a ideia de “uma voz fictícia, garantia da presença de um corpo. Um a voz que, entretanto, só pode ter uma existência paradoxal, já que ela é deslocada em relação ao texto a que dá suporte, sem remeter à plenitude de um corpo atestado” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 91).

As propostas de classificação e análise, pela originalidade, estarão – talvez sempre – em processo, também pela dinamicidade própria do *campo*². Daí porque uma delimitação temporal se faz necessária.

Suspendemos a observação dos fenômenos em momento anterior ao golpe (judiciário/parlamentar³) havido no Brasil em 2016. Primeiramente (fora!)⁴, porque observa-se uma alteração nos movimentos discursivos: muito do que sempre fora velado passa à superfície, por exemplo. Segundo, porque esse movimento ainda está acontecendo, e, considerando os objetivos aqui delimitados, a já árdua tarefa seria ainda mais complexa e talvez não oferecesse resultados claros pela instabilidade no cenário.

² A noção de *campo*, conforme proposta por Bourdieu, diz respeito a um espaço simbólico em que se dão lutas de validação e legitimação de representações pelos agentes. Elemento fundamental nessa luta, é o poder simbólico. Não se trata de *campo discursivo* (MAINGUENEAU, 2014, pág. 65), espaço que implica em posicionamentos, como direita/esquerda, conservador/liberal etc.

³ Considerando que o sentido de um enunciado se dá pela inscrição em uma *formação discursiva* “para cada sujeito, ou para cada ‘comunidade’ de sujeitos (ou, ainda, para cada FD), só são selecionáveis os pré-construídos aceitáveis para essa FD. Dizendo de outro modo, só estão disponíveis, para cada FD, os pré-construídos cujo sentido é evidente para essa FD” (POSSENTI, 2003, pág. 256). Isso significa dizer que para um grupo é aceitável o emprego do termo ‘golpe’ para os eventos havido no Brasil a partir de meados de 2015, para outro, porém, tal asserção não é válida. Em qualquer dos casos, o atravessamento ideológico é constitutivo do sentido e apresenta tudo que pode ou não pode ser dito por cada grupo. Nesse caso, assumimos *posicionamento* (para usar termo caro a Maingueneau) atribuindo certo sentido ao vocábulo, na sempre constitutiva luta dos discursos. Para mais sobre os sentidos de *golpe*, recomendamos a leitura de “Golpe, golpes”, coluna publicada no Blog do Sirio, em 05/05/2016.

⁴ Intertextualidade proposta com *meme* surgido nos meios eletrônicos, após veiculação de matéria ao vivo pela TV Globo, em que o entrevistado inicia sua fala com *primeiramente, fora Temer*, em rechaço ao governo, então interino, durante o processo de impeachment da presidenta eleita Dilma Roussef, em meados de agosto de 2016. Após a primeira manifestação espontânea feita pelo diretor-adjunto do zoológico do Distrito Federal (segundo reportagem do Jornal Estadão, exonerado após o incidente), muitos outros artistas, personalidades ou mesmo anônimos passaram a aproveitar as oportunidades de entrevista ou qualquer manifestação pública ao vivo para repetir o *bordão*. Maingueneau (2014c) chamaria de enunciação aforizante, já que, pela forma, conteúdo e tipo de circulação, deslocam-se de sua enunciação primeira (um contexto?) passando a circular de modo mais ou menos autônomo. Para mais, cf. Maingueneau, 2014.

LEI N. 001/2017

Lei de introdução à tese de doutoramento (Redação dada em cumprimento ao requisito parcial para a obtenção do grau de doutora em Linguística)

Vigência: A presente lei entrará em vigor na data da defesa pública de tese de doutorado, condicionada ao resultado de aprovação

A pesquisadora Guida Fernanda Proença Bittencourt

Faço saber o decreto e a sanção da seguinte lei

Art. 1º - A pesquisa anexa é parte integrante da presente lei, não podendo dela se dissociar.

Art. 2º - A validade do estudo de que trata o *caput* independe de publicação em diários, revistas ou congêneres. Contudo, deverá o estudo ser depositado em bibliotecas, físicas ou eletrônicas, para consultas por quem de direito, cumprindo requisito de lei específica.

Parágrafo único: Sendo requisito para a diplomação, a publicação tornar-se-á obrigatória, no prazo estipulado nos regulamentos pertinentes.

Art. 3º - Eventuais correções poderão ser feitas até a data de início da vigência da presente, de tal sorte que correções posteriores considerar-se-ão lei nova.

Art. 4º - Não há limite territorial de validade da presente, podendo circular livremente.

Parágrafo 1º: Ressalve-se o fato de que os resultados obtidos dizem respeito, limitadamente, aos fenômenos colhidos em território brasileiro.

Parágrafo 2º: Observada a ressalva do parágrafo anterior, resta autorizado o manejo dos mesmos métodos e caminhos de pesquisa, para verificar a viabilidade de estudos comparativos.

I - os estudos a que se refere o parágrafo precedente não restarão vinculados a este;

II - os resultados podem ser diversos;

III - no caso de resultados diversos, não restam invalidados os aqui obtidos, salvo se a questão de fundo, metodológica, se provar ineficiente.

a) se restarem invalidados, resta imediatamente revogada a presente.

Parágrafo 3º: Observar-se-ão, em todos os casos, o item ‘do espaço’ contido na primeira parte desse trabalho.

Art. 5º - *Vetado*

Art. 6º - A estrutura geral do trabalho prevê:

Parágrafo único: Comporão o corpo do trabalho documentos ilustrativos representativos das análises propostas, de consulta voluntária, em seção própria chamada ‘Provas Documentais – Anexos’, sujeitas à regra geral de livre valoração das provas, observando-se o preconizado pelos arts. 405 e seguintes do Código de Processo Civil.

I – Uma parte geral que apresenta as bases teóricas aplicadas à espécie (Capítulo I);

II – Uma parte geral que apresenta a proposta de classificação do Discurso Jurídico (Capítulo II);

a) São partes do Discurso Jurídico *lato sensu*: Discurso Jurídico Legislativo, Discurso Jurídico Judiciário e Discurso Jurídico Pedagógico

b) São categorias propostas: esfera, fonte legitimadora, cena genérica (gêneros centrais e periféricos), atores, movimento.

III – Uma parte geral que especifica, define e delimita as categorias, apresentando o fundamento teórico, critérios e método de abordagem, descritos na alínea b do inciso II (Capítulo II);

IV – Três partes específicas que tratarão individualmente dos itens descritos na alínea ‘a’ e ‘b’ do inciso II deste artigo (Capítulo III a V).

V – Uma parte final que discute as convergências e divergências, pautando o tema do discurso constituinte;

VI – Uma parte final dedicada às considerações finais.

Art. 7º - Todas as disposições em contrário poderão conviver no ambiente acadêmico, sendo a presente mera contribuição para os estudos na área.

Parágrafo único: Pelo disposto no caput, não se revogam disposições em contrário, salvo lei nova que assim o preveja.

Curitiba, 20 de janeiro de 2017;

196º da Independência, 129º da República e 1º do pós-golpe.

Guida Bittencourt – Lígia Negri

Promulgada em 18/07/2017

2.

PETIÇÃO INICIAL

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES PROFESSORES DOUTORES
COMPONENTES DA BANCA AVALIADORA

Guida Fernanda Proença Bittencourt, brasileira, divorciada, advogada inscrita na OAB/PR sob o n. 38831, portadora do documento de identidade RG n. 6.342.858-2, inscrita no CPF/MF sob o n. 041.739.189-76, com registro acadêmico n. DTR 20130181, doutoranda sob orientação da profa. Dra. Ligia Negri, neste ato advogando em causa própria, vem ante vs. Excelências, com respeito e acatamento, com fulcro no art. 207 da CF/88, art. 20 do CPC/15, Resolução CEPE 65/09 e demais aplicáveis à espécie, apresentar

Ação declaratória

da titulação do grau de Doutora em Letras

Ato de jurisdição voluntária, em face do juízo competente, conforme as razões que passa a expor requerendo, desde logo, sejam as presentes razões parte integrante da Tese de Doutorado, para que ao fim, seja julgado aprovado o referido trabalho:

I – DOS FATOS

A autora, após a conclusão dos estudos em grau de mestrado, tendo ainda muitas questões a respeito do tema de trabalho, submeteu-se à seleção do doutorado, no ano de 2012, tendo sido aprovada em 2º lugar para o ano letivo de 2013.

Iniciados os trabalhos, em conjunto com a orientadora, verificou-se que o tema de trabalho proposto não daria conta de atender às demandas – primeiro porque o *corpus* não era suficientemente demonstrativo; depois, porque outras questões relevantes restariam obrigatoriamente excluídas. Ademais, com as leituras se acumulando, e uma certa mudança de perspectiva da pesquisa impôs-se a alteração para um lugar de exame mais em perspectiva: da análise de um *corpus* específico (seja ela composto pelas decisões relativas ao aborto, seja ainda, o que se cogitou, uma investigação sobre uma natureza de propagandista do Estado no discurso jurídico), passamos à descrição e análise do campo pela via do funcionamento discursivo. Sendo assim, a autora, ora requerente, houve por bem alterar substancialmente os termos a investigação, sendo sempre acolhida e dirigida pela orientação.

Num segundo momento, tendo alguma definição mais satisfatória a respeito dos encaminhamentos da pesquisa, a autora reuniu-se com aquele que viria a ser seu co-orientador, prof. Dr. Dominique Maingueneau para expor-lhe as suas propostas de pesquisa, objetivando uma vaga no estágio sanduíche.

Não sem algum desapontamento, a autora recebeu a notícia de que poderia ser recebida no sanduíche sendo, contudo, necessário alterar o projeto de pesquisa, que, para aquele pesquisador que ocupara a posição de conselheiro de pesquisa, estava ainda um pouco desajustado – por assim dizer.

Então, com mais aquela questão em mente, a autora decidiu abrir mão de tudo o que havia planejado para, mergulhar num outro processo de reflexão, deixando com que as questões de fundo que moviam suas inquietações de pesquisa fossem se dilapidando e ficando mais claras e delineáveis. Foi assim que, grosso modo e bastante resumidamente, após algum tempo, já em Paris sob os aconselhamentos do prof. Dr. Maingueneau, os novos planos de pesquisa foram finalmente acolhidos por ambos os professores orientadores. Não porque havia respostas, mas perguntas que motivaram a alteração definitiva dos planos de pesquisa, resultando nesta tese, parte integrante do presente petítório.

II – DO DIREITO

II. i – Dos requisitos do art. 319 do CPC/2015

Em atenção à regra insculpida no art. 319 do novel CPC, incisos I e II, bem como aos regulamentos internos do CEPE, endereçamos a presente ao juízo competente para a apreciação do feito, qual seja o colegiado de professores doutores que compõem a banca soberana de avaliação. Ainda, apresentamos qualificação civil da autora (inteligência do inciso II do art. 319 do CPC), requerendo, desde logo, seja processada e julgada, para ao final, ser declarada procedente, com a rubrica de *Aprovação*, passando a requerente a gozar do título de *Doutora em Estudos Linguísticos*. *In verbis*:

CPC. Art. 319. A petição inicial indicará:

I – o juízo a que é dirigida;

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Relativamente aos fundamentos jurídicos do pedido, informamos que serão elencados nesta peça, no item *do direito*, traçando as considerações metodológicas da pesquisa, e todo o embasamento teórico do estudo, de tal sorte que restará cumprido o requisito.

Tanto o pedido quanto as provas que constituem o direito, serão trazidas nas seções subsequentes, denominadas Capítulos II a V, quando da efetiva proposta de tratamento do discurso jurídico, assim como quanto à proposta de subtipos do discurso, conforme se verá.

O inciso VII do artigo referido se cumpriu com a realização, conforme regulamento, de audiência prévia de qualificação, em atenção às normas do programa, com pauta previamente definida pelos excelentíssimos professores doutores componentes da banca avaliadora, o juízo competente.

Ademais, pela realização da defesa oral pública, nos termos da lei e em consonância com jurisprudência mais abalizada, *in verbis*, tem-se, pois, as exigências formais para a avaliação da presente pesquisa. Citamos decisão proferida no TRF acerca da

garantia conferida à parte da realização de defesa pública, ainda que, como no caso em comento, de modo extemporâneo, caso que não é da presente defesa:

MANDADO DE SEGURANÇA - Reprovação de aluno de doutorado por banca de qualificação - Ato administrativo que impediu a realização de nova banca, direito assegurado no regimento da Universidade, sob o fundamento de escoamento do prazo para tanto - Exigência formal que deve ser excepcionalmente relativizada, tendo em vista o princípio da proporcionalidade - Circunstâncias do caso concreto que indicam a preponderância dos valores constitucionalmente positivados da educação e da pesquisa científica - Concessão da segurança – Recurso provido. AREsp 848590. Relatora Min. Diva Malerbi (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO). Publicação em 02/06/2016.

Mencione-se ainda que a mais abalizada doutrina⁵ reconhece a força constitutiva da ação declaratória. Já Pontes de Miranda argumentara que a ação declaratória é aquela em que prepondera a eficácia de declarar. (In Tratado das Ações, Ed. RT, 1970, t. I, p. 124)⁶. Com efeito, essa espécie goza de particularidade na sua essência, pela justa força da produção enunciativa no seio do judiciário. Declarado por via da sentença, pois, passa a existir no mundo uma relação jurídica que não se sujeita mais a quaisquer questionamentos, salvo os trazidos por fatos novos, por óbvio. Não há contudo, efeito condenatório, mas apenas constitutivo – pela via da declaração da existência, ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento. Ressalte-se, contudo, que sua natureza abarca outros efeitos ainda, de menor extensão. Não se diz dessa demanda, pois, que vise *meramente* uma declaração, mas que se busca *principalmente*.

O CPC, pois, reserva a essa espécie o rito ordinário, ou seja, não simplifica em nenhum grau o seu processamento, do que se infere que a complexidade de julgamento é igualmente densa: não se dá em sede de juízo de cognição sumária, mas em cognição exauriente.

Isso se deve ao espírito de preservação da *credibilidade e respeitabilidade do Judiciário*⁷: não se pode declarar algo que não encontre exata representação no mundo. Nessa esteira, mais do que a verdade formal, move-se o processo no sentido de estar o

⁵ Faremos uma discussão mais profunda sobre doutrina no capítulo 6, dedicado ao Discurso Jurídico Pedagógico, especialmente quando tratarmos da cena genérica (gêneros centrais e periféricos) e dos atores.

⁶ Optando pela emulação da forma de uma petição inicial, manteremos as citações no corpo do texto, como vemos majoritariamente na prática profissional. Assim também como o vocabulário típico do campo, nas suas idiosincrasias.

⁷ Trataremos, adiante, sobre como a *credibilidade e respeitabilidade* do Judiciário são tematizadas na jurisprudência, evidenciando, assim, um dos valores constitutivos do discurso jurídico judicial

quanto mais em consonância do real do que o possível, sob pena de declarar uma situação falsa e criar, no mundo jurídico, consequências para as partes e terceiros, de extrema gravidade.

Pois.

Tributa-se, então, à própria enunciação, grave valor. É o fundamento do requerimento. Cite-se, pois, julgado nesse sentido:

No juízo declaratório, não se discutem questões meramente acadêmicas: as ações declaratórias têm de versar sobre uma controvérsia real, não fictícia, quanto à extensão dos direitos das partes ou de suas respectivas obrigações. E para que não sejam possíveis desvios nessa orientação, ficam os juízes com poder discricionário de não decidir do feito, ao inverso do que têm de fazer nas ações executórias. (Revista dos Tribunais 49/258).

Portanto, pelos argumentos articulados e com os fundamentos jurídicos do pedido, é, pois, o que se requer.

II. ii - Fundamentos jurídicos do pedido

II. ii. A - DO DISCURSO: CONCEPÇÃO

Para chegarmos a um panorama do discurso jurídico, para que possamos descrever esse fenômeno a partir de sua organização interna, é necessário que antes tenhamos clara qual é a concepção de discurso com a qual trabalhamos. Isso porque, na linguística de modo geral, podemos encontrar noções diversas entre si, e mesmo no seio da AD há variantes nocionais, de modo que nos vemos em situação de fazer uma pequena delimitação.

A ideia de discurso com que trabalhamos pode ser descrita como uma *prática discursiva*, cuja dispersão de textos permite definir “como um espaço de regularidades enunciativas” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 15) a partir do modo de inscrição histórica. Tratar do discurso jurídico, neste sentido, não restringe o olhar a um ou outro exemplar do tipo, mas faz pensar nas práticas discursivas que comungam de uma regularidade espacial, ou seja, que são realizadas dentro do espaço jurídico/judicial, que orbitam sob o Direito. Não falamos, portanto, apenas de um conjunto de textos, mas de uma prática.

Cumpramos destacar que nos interessa a materialidade linguística verbal, ou seja, excluem-se das nossas análises, quaisquer manifestações do discurso jurídico que sejam não-verbais, (como por exemplo, quando a luz vermelha do semáforo implica na diretividade dada pela lei de trânsito⁸, ou quando o morador de um edifício se faz representar, votando em assembleia, por meio do gesto de erguer a mão) (KELSEN, 1976, p. 24)⁹. Embora as simbologias rituais façam parte do processo de significação na produção de sentido, para os fins desse trabalho, não nos ateremos a elas, senão quando incontornáveis.

Maingueneau (2008, pág. 20) aponta que o discurso é menos “um conjunto de textos efetivos do que (...) um conjunto virtual, o dos enunciados que podem ser produzidos de acordo com as restrições da formação discursiva”. Trabalharemos, pois, com essa potencialidade, com a virtualidade, a partir da observação das restrições dadas pelas formações discursivas e ideológicas do campo.

Para Pêcheux (1997, pág. 99), o discursivo materializa “todo conteúdo de pensamento [que] existe na linguagem”, e falar em conteúdo do pensamento remete àquele já-dito que precede o discurso. Qualquer manifestação discursiva está, pois, inscrita em uma sistemática que precede a sua própria emergência.

Mas o conteúdo ou a natureza do discurso observa uma regularidade de possibilidades de existência:

A AD tenta fornecer um conjunto de fatores a partir dos quais o número de leituras possíveis se restringe: o pertencimento de um enunciado (ou palavra) a uma FD limita as interpretações possíveis do enunciado (e da palavra); o pertencimento de um enunciado (ou de uma palavra) a um gênero e não a outro configura-se, por sua vez como um limite para sua interpretação (POSSENTI, 2009a, pág.13).

O discurso jurídico, em hipótese, apresenta uma mesma escolha temática (considerando Direito um tema), evoca os mesmos conceitos e faz relações similares entre os objetos, e, pelo menos em algumas das esferas¹⁰ de existência, compartilha o mesmo tipo de estrutura enunciativa. Nas esferas que desde logo identificamos, o DJ (como

⁸O apito do agente de trânsito, ou ainda, o sinal sonoro que marca o início das atividades laborais em dados espaços etc.

⁹Faremos referência à obra de H. Kelsen, porque se trata de um autor clássico nas discussões da Teoria Geral do Direito. Contudo, discordamos do tipo de concepção do Direito *universal e apriorístico*, cujo objetivo seria libertar-se de toda a determinação social. Ao contrário, entendemos o Direito como um fenômeno eminentemente social e histórico. Para mais sobre isso, cf. Bourdieu, 2003.

¹⁰Adiante discutiremos o que entendemos por esferas.

passaremos a nos referir ao Discurso Jurídico) se manifesta com a mesma finalidade fenomenológica, ou seja, sua prática está ligada ao funcionamento da Instituição Judicial (e aqui falamos em enunciados que podem potencialmente ocorrer na prática da advocacia, no seio do Ministério Público, na atividade dos juízes, na produção intelectual paralela - chamada doutrina - nas universidades, na academia etc.), mas incluem também práticas discursivas dotadas de alguma cogência, como por exemplo, num ato administrativo exarado pelo reitor de uma universidade, com fundamento em regulamento ou lei, com uma finalidade mandamental.

O discurso, aquele a que sempre nos referimos neste trabalho, é, por consequência do empréstimo da noção de formação discursiva¹¹ foucaultiana, uma manifestação regulada por leis de relação entre os objetos nos processos temporais, que dialogam e dependem das condições de existência. Não se concebe discurso e prática discursiva sem que se admita, ainda, a relação íntima entre discursos e práticas discursivas.

A AD empresta de Foucault (2010) a noção de formação discursiva (FD) que aparece, como um sistema de formação com regulamentação restritiva das possibilidades virtuais de existência de um dado enunciado em dadas condições. Foucault (2010, pág. 132) especializa, ou, reparte os grupos de discurso em conjuntos conforme estes se apõem na mesma FD, afirmando que se trata de um “conjunto de enunciados que se apoia em um mesmo sistema de formação” e exemplifica: “é assim que poderei falar do discurso clínico, do discurso econômico, do discurso da história natural, do discurso psiquiátrico” (FOUCAULT, 2010, pág. 122) e do discurso jurídico.

É a FD, então, uma espécie de especialização dos discursos, de repartição em feixes pelo critério das regras de formação. Uma lei que dita o aparecimento e o lugar de um objeto de discurso (FOUCAULT, 2010, pág. 50).

Não significa dizer que os discursos produzidos a partir dessa categorização em feixes temáticos o sejam de modo pasteurizado, no mesmo sentido. É evidente que dentro desse feixe especializado – o discurso jurídico – encontramos textos que se originam em formações ideológicas divergentes entre si, o que nos garante que no discurso jurídico podemos encontrar manifestações discursivas mais à direita ou mais à esquerda, mais

¹¹ Embora a noção de Formação Discursiva seja central e fundante, não nos ocuparemos dela nesse estudo. Basta, para a finalidade que nos propomos aqui, dizer que se trata de um lugar provisório que orienta os sentidos.

conservadoras ou mais progressistas, mais intervencionistas ou menos, mais garantistas ou menos, a partir de lugares de fala diferentes. Maingueneau (2010) nomeia essas manifestações dentro de um dado campo discursivo de *posicionamentos*. Isso diz respeito também ao atravessamento da ideologia nas práticas discursivas e diz respeito às lutas internas.

A formação ideológica (FI), para Pêcheux (2009), se localiza num estágio anterior à FD, ou seja, as restrições e determinação impostas pela FI são anteriores àquelas impostas pela formação discursiva – uma FI informa uma FD. Uma formação ideológica é, portanto, formada por diversos feixes de formações discursivas, que compõem um repertório de determinações e interdições do sujeito.

A apresentação dessa noção se dá, ainda na primeira fase da AD¹²:

As formações ideológicas assim definidas comportam necessariamente, como um de seus componentes, uma ou várias formações discursivas interligadas, que determinam o que pode e deve ser dito (articulado sob a forma de uma arenga, de um sermão, de um panfleto, de uma exposição, de um programa etc.) a partir de uma posição dada numa conjuntura dada: o ponto essencial aqui é que não se trata apenas da natureza das palavras empregadas, mas também (e sobretudo) de construções nas quais essas palavras se combinam, na medida em que elas determinam a significação que tomam essas palavras: como apontávamos no começo, as palavras mudam de sentido segundo as posições ocupadas por aqueles que as empregam. Podemos agora deixar claro: as palavras “mudam de sentido” ao passar de uma formação discursiva a outra (HAROCHE; PÊCHEUX, HENRY, [1971], 2011).

A partir dessa primeira ideia, Pêcheux ([1988], 2009) trabalha na produtividade do conceito de FD e FI para colocar em questão um *sentido em si* das palavras, expressões e proposições, incluindo a ideologia no espectro da relação entre a pretensa literalidade de um significante.

Nesse processo é que “os indivíduos são interpelados em sujeitos-falantes (em sujeitos do *seu* discurso) pelas formações discursivas que representam ‘na linguagem’ as formações ideológicas que lhe são correspondentes” (PÊCHEUX, 1997, pág. 161), de tal

¹² Grossíssimo modo: Na chamada primeira fase da AD, ela era, em verdade, AAD. A Análise Automática do Discurso (AAD) proposta por Pêcheux (1969) partia de uma exterioridade do texto, de bases estruturalistas, concebia o discurso como homogêneo, e as condições de produção fechadas em si. Pretendia, por fim, uma análise *automática*, por uma *maquinaria* lógico-semântica. Num segundo momento, segunda fase, Pêcheux percebeu que as hipóteses anteriores não funcionariam, tendo em conta que a inscrição história dos enunciados era fundamental para as análises – as formações discursivas se mostram, então, um conceito central. Na terceira fase, afastada da ideia de homogeneidade, incluem-se ainda as noções de heterogeneidade e seus consecutórios (uma ideia de Outro, as múltiplas vozes e um já-dito, a cisão dos sujeitos, a multiplicidade de sujeitos etc.). Há também um retorno a Althusser e aos aparelhos ideológicos de estado. Para mais, ver SANTOS, 2013.

sorte que, embora este processo de determinação do sujeito seja ‘esquecido’¹³ (PÊCHEUX, 1997, pág. 163), este esquecimento é também constitutivo, já que os traços constituintes (ideologia e inconsciente) são reinscritos no discurso do próprio sujeito. Como consequência, o *sujeito do discurso* é constitutivo do sujeito do discurso (PÊCHEUX, 1997, pág. 157/158), então, embora o sujeito não esteja na origem do discurso¹⁴, o sujeito *do* discurso está na origem *do seu* discurso – o processo discursivo se dá no sujeito pelas relações de sentido e efeitos de sentido possíveis.

Pêcheux (1997, pág. 261), a respeito disso, continua:

A interpelação do indivíduo em sujeito de seu discurso se realiza pela identificação do sujeito com a formação discursiva que o domina, identificação na qual o sentido é produzido como evidencia pelo sujeito e, simultaneamente, o sujeito é ‘produzido como causa de si’. Busquemos explicitar essa simultaneidade e, para isso, voltemos, por um instante, à afirmação segundo a qual ‘o não-dito precede e domina a asserção’. Queremos dizer com isso que o *non-sens* das representações, que ‘não se mostram para ninguém’, que se configura o lugar do sujeito que toma a posição em relação a elas (PÊCHEUX 1997, pág. 261).

É um processo de identificação e desidentificação que opera sobre o sujeito. Aliás, Foucault (2010) afirma que, ao analisar um discurso, não nos defrontamos com a manifestação de *um* sujeito, mas estamos diante, sim, do lugar da dispersão do discurso. Então o sujeito é a interface da dispersão discursiva, já que é atravessado por múltiplos discursos anteriores. E, na mesma linha, é essa a justificativa para que o nosso interesse não seja o sujeito, mas o discurso antes dele – os *já-ditos*, os *não-ditos*, as autorizações, as restrições dadas todas pelas FD’s e FI’s. (MAINGUENEAU, 2010)

II. ii. B - DISCURSO DA (E NA) ANALISE DO DISCURSO

¹³ Trata-se da Teoria dos Dois Esquecimentos, formulada por Pêcheux (1997, pág. 173-4), pela qual o sujeito constitui o *seu* discurso e *se constitui no discurso*: o primeiro esquecimento diz respeito ao recalque do inconsciente (bebendo da fonte das contribuições da psicanálise), ou seja, às censuras impostas pelo consciente do sujeito a determinados temas; o segundo diz respeito a aquele pelo qual o falante seleciona na FD que o domina um enunciado e não outro. Trata-se de recobrir a liberdade do sujeito-falante.

¹⁴ Para Pêcheux (1997), o discurso (e o processo discursivo) não tem início, porque há sempre um já-dito, um discurso prévio sobre o qual ele se apoia.

A AD tem características eminentemente fronteiriças¹⁵, e aqui, mobilizaremos noções que se encontram especialmente na fronteira com as ciências sociais, particularmente as noções de *campo*, *habitus* e *poder simbólico*, propostos por P. Bourdieu¹⁶.

A AD não se inaugura no seio dos estudos da linguagem a partir de “um ato fundador, mas como resultado da convergência progressiva de movimentos com pressupostos extremamente diferentes, surgidos nos anos 60 na Europa e nos Estados Unidos” (CHARAUDEAU, 2006, pág. 13), em torno de estudos, sobretudo, de produções transfrásticas, extrapolando-se o conteúdo propriamente linguístico (nas concepções saussurianas), objetivando-se a compreensão de sua significação social, e, portanto, sua própria inscrita na história.

Pêcheux mesmo – a quem se atribui a tarefa de unir as pontas soltas e propor uma sistemática nova enquanto disciplina – afirma que

a produção histórica de um conhecimento científico dado não poderia ser pensada como uma ‘inovação nas mentalidades’, uma ‘criação da imaginação humana’, um ‘desarranjo dos hábitos do pensamento’, etc. (cf. T. S. Kühn), mas como o efeito (e a parte) de um processo histórico determinado, em última instância, pela própria produção econômica (PÊCHEUX, 1997, pág. 190)

Desse processo, repleto de diálogos convergentes e profícuos, destacamos aqueles que envolvem as figuras de Pêcheux e Foucault¹⁷, já que ambos eram leitores de Saussure,

¹⁵ Aqui nos referimos diretamente às reflexões de Zandwais (2013), e que citaremos pela precisão, ainda que talvez um pouco longas para uma nota: “A Análise do Discurso, disciplina proposta por Michel Pêcheux enquanto uma área de conhecimento híbrida, cujos objetos remetem à articulação entre saberes dos campos da Ciência da Linguagem, da Sociologia, da Psicologia Social, do Materialismo, da História e da Psicanálise emerge no cenário francês, no final dos anos 60, mais precisamente após os movimentos político-sociais de 1968. Esta disciplina, reivindicada por Michel Pêcheux como um dispositivo teórico-analítico que viria a colocar questões e desafios tanto para os domínios das Ciências Sociais como para os das Ciências Humanas, na medida em que, ao debruçar-se sobre ‘questões de fronteira’ comuns a diferentes áreas de conhecimento, buscaria construir diálogos entre teorias e práticas (...)”. No mesmo sentido, sobre as fronteiras porosas, Charaudeau (2006, pág. 43) completa: “as origens da AD também se ligam à etnografia da comunicação, análise conversacional, correntes da pragmática, teorias da enunciação e à linguística textual”.

¹⁶ Ressalvamos, nas palavras do autor citando Marx, que a imigração de ideias raramente se faz sem dano (BOURDIEU, 2007, pág. 7). Os deslocamentos e diálogos havidos aqui, esperamos mas não sem assumir os riscos, seguem a orientação por ele imposta: que não sejam ingênuos e tampouco objeto de simplificações.

¹⁷ Até meados dos anos 80 ambos ainda produziam e discutiam seus escritos mutuamente, o que se interrompeu com os repentinos falecimentos de ambos. Aí já para pensarmos nos diálogos e nas fronteiras dos campos e domínios que se entrecruzam. Para mais, Gregolin (2007).

Freud, Marx, Nietzsche assim como dialogavam mais estreitamente ou menos com os escritos de Althusser, Lacan.

Especialmente a partir de 75 – mas já antes disso - confluem os pensamentos, quando Pêcheux passa a se interessar mais detidamente pelas discussões propostas por Foucault a respeito da *nova história*¹⁸. Daí que, então a AD se insere no quadro do estruturalismo especulativo¹⁹, que carece de historicizar as estruturas²⁰. Parte-se, pois da *langue* do Saussure, reintroduzindo nesse conceito o sujeito e a história, originalmente excluídos. Em virtude dos diálogos de origem, trata-se então, de, como já vimos, um dispositivo teórico-analítico que questionaria tanto as ciências sociais quanto as ciências humanas e linguageiras, e pela característica de fronteira porosa, teórico e prática, “não se institui, entretanto, como uma disciplina livre de intervenções de base formalista” (ZANDWAIS, 2013), como parece ficar claro pela própria manutenção do estruturalismo como sede.

A análise do discurso francesa nasce nesta conjuntura epistemológica, como disciplina transversa (como quer GREGOLIN (2007); ou híbrida, para ZANDWAIS (2013), como um “projeto de teoria não subjetiva da leitura” (POSSENTI, 2009, pág. 13²¹), mas com uma leitura que a transcende, porque carece dos sujeitos envolvidos nesse acontecimento enunciativo para a produção de sentidos (mas não quaisquer sentidos, como veremos).

¹⁸ Como essa noção não interessa muito de perto para essas discussões, cumpre dizer, somente, com o perdão da brevidade que se trata de uma concepção, inculpada preponderantemente nas obras “As palavras e as coisas” e “Arqueologia do saber” pela qual o ponto de partida da abordagem histórica muda de lugar, partindo do presente, e com isso, novos objetos são delineados na historiografia, como por exemplo, uma história das mentalidades – aqui, bastante importante do ponto de vista discursivo. Tais noções estão melhor discutidas em Legroff (2003).

¹⁹ De fortes matizes ideológicas e filosóficas, reincorporando às teses estruturalistas problemáticas de Freud e Marx, Foucault, Derrida, Althusser, Lacan. Encontra-se ao lado do chamado estruturalismo moderado, cuja matiz era a formalização, baseando-se na linguística estrutural, como Todorov, Genette, Bremond; e do estruturalismo cientificista que entendia que linguística tinha o melhor método a oferecer para as ciências humanas, trabalhando basicamente a partir de Saussure, Hjelmslev, Jakobson, Barthes do início do 60, semiótica de Greimas, antropologia de Levi Strauss (Cf. GREGOLIN, 2007, pág. 23)

²⁰ Ressalvamos aqui que Foucault embora citado como um intelectual que ofereceu um diálogo importante para a fundação da AD jamais se aninhou na AD, nem mesmo pretendia fazê-lo. Além disso, àquelas alturas também já discordaria com veemência da ideia de “historicizar estruturas”

²¹ Nesse ponto preferimos citar os autores brasileiros que fazem uma avaliação da conjuntura de surgimento da AD, pelo afastamento temporal e, também, pela via diversa de inserção no contexto intelectual, não europeu, por assim dizer.

Decorre dessas fronteiras por onde caminha a AD, portanto, que a questão do sentido é fundamental nas investigações. Seria a AD²², pois, nos dizeres de Possenti (1990) uma teoria especial sobre a natureza do sentido, postulando, de saída que o sentido não é universal, não é atemporal, não é convencional, não é unívoco, não é necessariamente expresso em sua totalidade (verbalmente). Sentido é um efeito de sentido: ou seja, não se admite que a cada forma corresponda um sentido. O sentido é um efeito da enunciação, que se dá entre interlocutores, isto é, da ocorrência de material verbal em condições de produção definidas (cf. Pêcheux, 1997, Maingueneau, 2010²³).

A AD, lançando mão das contribuições dadas pelas teorias da ideologia e do inconsciente, desvela o fato de que um sujeito completamente consciente, senhor de suas vontades, que faz o que decide fazer é uma ideia que não resiste. Sendo assim, o texto – material linguístico de base - pode produzir efeitos de sentido que independem da intencionalidade autor, ou, no mínimo, é capaz de gerar sentidos múltiplos e outros, escapando, deslizando e escorregando.

Umberto Eco, citado por Possenti (2009), alerta contudo, que os limites e coerções na produção de sentidos são restrições necessárias à *boa leitura*, evitando-se assim que cada um leia como bem quiser dados textos, imprimindo relações de ordem eminentemente subjetivas ao texto. No limite, teríamos nenhum-conteúdo e a comunicação seria sempre impossível, situação incompatível com o quadro teórico da AD. A intenção é observar como certos grupos de sujeitos²⁴, situados em determinadas posições, leem como leem a partir e em decorrência da inscrição, enquanto grupo, em dada posição e tempo. O flerte com uma teoria das ideologias fica flagrante.

Para Foucault (2010b, pág. 59) não se trata de haver, de um lado, palavras (significação), e de outro, sua referência, as coisas do mundo. Para ele o discurso é o veículo, o instrumento dos saberes, das grandes redes organizadoras do saber de grupo, frente a sua inscrição. Em Pêcheux encontramos que o sentido não se liga à sua literalidade, mas existe apenas nas relações de metáfora, de transferência, na medida em que se apõe em dadas formações discursivas (ORLANDI, 2005). Em ambos os franceses,

²² Pelo menos *uma certa* AD. Para as discussões sobre as vertentes e sobre as abordagens possíveis, ver Maingueneau (2014), Oliveira (2013), Charadeau (2016).

²³ Não ignoramos que as filiações teóricas de ambos os autores os levam a um manejo diferente das bases teóricas. Para mais, Oliveira (2013) oferece um panorama de vários autores e suas perspectivas teóricas nos estudos do discurso.

²⁴ Poderíamos pensar: em classes.

então, o sentido é um sistema relacional, um acontecimento, que se dá somente na instância do *em relação a*.

Sendo assim, quem fala e o lugar de onde fala, são elementos constitutivos do sentido²⁵. Pensando que o sentido se dá entre interlocutores, o lugar e quais participantes interagem é também constitutivo de sentido. Bourdieu (1996)²⁶ elabora isso de modo bastante similar, descolando o sentido do conteúdo propriamente semântico – descolando, nos dizeres de Foucault *as palavras das coisas*²⁷ – para inscrever nos discursos outras disputas significativas e reveladoras do funcionamento linguageiro:

Os discursos não são apenas (...) signos destinados a serem compreendidos, decifrados; são também *signos de riqueza* a serem avaliados, apreciados, e *signos de autoridade* a serem acreditados e obedecidos [trata-se de uma] busca muitas vezes inconsciente, do lucro simbólico (BOURDIEU, 1996, pág. 53)

Os discursos, organizados (porque originados) em dadas FD, fazem *mais* do que designar coisas, diz Foucault (2010, pág. 55). É nesse *mais* que o analista deve se deter.

Dito isto, o que destacamos de saída é a existência de múltiplas instâncias enunciativas, marcadas especialmente pelo espaço institucional em que circulam os discursos. A mudança na estrutura e no funcionamento dos grupos que gerem esses discursos implica mudanças na ordem do discurso.

Isso significa dizer que em cada *comunidade discursiva*, o trânsito do discurso ganha (e perde) nuances a partir de sua *territorialidade*²⁸. Temos, então, no DJ, *tipos*²⁹ de discurso diferentes: o discurso legal, o discurso judicial e o discurso pedagógico. Esses tipos englobam gêneros também distintos: a lei, a jurisprudência, o artigo, os comentários à

²⁵ Austin e Searle, por exemplo, também observam a importância de quem fala e do lugar de onde se fala para teorizar sobre os atos de fala, especialmente pela eficácia performativa em que dizer é fazer.

²⁶ Vale dizer que Foucault e Bourdieu têm posicionamentos bastante antagônicos em dados temas, por nós aqui aproximados. Não ignoramos as divergências, tanto com relação à concepção geral de filosofia e sociologia: Bourdieu se vincula aos estudos da sociologia empírica, ao passo que Foucault, filósofo, flerta com uma sociologia, mais, digamos, descritiva e reflexiva. Quanto aos desdobramentos, por hora, tangenciaremos. Há porém, confluências de base que nos fazem pensar suas obras como em certo diálogo: a ideia de uma historicidade radical, é, para a AD, ponto fundamental que, para nós, autoriza a mobilização de ambos nesse trabalho.

²⁷ Não se trata de haver de um lado palavras (significação), e de outro, suas referências, as coisas do mundo. Para Foucault (2010b, pág. 59) o discurso é o veículo, o instrumento dos saberes, das grandes redes organizadoras do saber – as *epistemes*. Para o autor, *cada época* diferente têm diferentes epistemes. E pensando assim, o lugar da história já se revela inscrito

²⁸ Correspondentes a espaços pré-determinados pelas práticas verbais (MAINGUENEAU, 2008, pág. 16)

²⁹ Referência aos *tipos* propostos por Maingueneau (2014) para quem todo tipo é uma rede de gêneros e todo gênero se relaciona com um tipo (MAINGUENEAU, 2014, pág. 65, tradução nossa).

decisão judicial, a doutrina, o manual, o relatório, o parecer, o memorando, a palestra, a sustentação oral, os debates no tribunal. A relação entre o tipo e o gênero é sempre de reciprocidade de vez que “o tipo é um agrupamento de gêneros; todo gênero só o é porque pertence a um tipo” (cf. MAIGUENEAU, 2008, pág. 17). O tipo é então, por sua definição, heterogêneo na forma.

Podemos propor, para fins de análise, agrupamentos de tipos a partir de critérios diferentes, tanto a partir de um lugar de circulação, pelo aparelho institucional a que se ligam, privilegiando a ordem das disputas discursivas³⁰, ou ainda com a ideia de que se trata de um discurso político ideológico *lato sensu*. Se optarmos pela primeira entrada no *corpus*, destacaríamos a oposição discurso legislativo *versus* discurso pedagógico/acadêmico; no segundo caso, poderíamos analisar as divergências de posicionamento dentro das diversas esferas, como por exemplo faremos, em relação a posição do discurso pedagógico e do discurso judicial sobre decisões *contra legem*.

Ao formular as instâncias de enunciação em termos de lugares, a AD pressupõe que “cada um alcança sua identidade a partir e no interior de um sistema de lugares que o ultrapassa” (MAINGUENEAU, 1997, pág. 33), citando Flahault. Daí porque a adequada identificação e descrição da composição dos gêneros, assim como a composição de pares de oposição, da verificação das relações, e espaços de circulação, contribuem para os fins da análise – e não apenas contribuem, mas são fundamentais.

A difusão do enunciado sem uma ideia de autor, essa fala mágica da vontade do legislador (no caso do DJL, por exemplo), da vontade da lei, da vontade da justiça, insere-se em uma problemática de um *hiperenunciador* não individuado, cujas restrições dos conteúdos proposicionais não são muito claras. O conjunto do enunciável por esta instância complexa não é transparente.

³⁰ Partimos da ideia de que as disputas são constitutivas dos discursos. Para Bourdieu (1996, pág. 23), “as trocas linguísticas – relações de comunicação por excelência – são também relações de poder simbólico onde se atualizam as relações de força entre os locutores ou seus respectivos grupos”, e retomando o raciocínio, afirma que “no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial” (BOURDIEU, 2007, pág. 213). Quando fala sobre “A polêmica como interincompreensão”, em artigo assim batizado, Maingueneau (2008) também faz render a disputa no discurso, não em termos de ataque e defesa, mas de uma dialética que é sua própria existência. Foucault (2009b) ainda abrange mais o lugar da disputa. Para ele “o discurso - como a psicanálise nos mostrou - não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que - isto a história não cessa de nos ensinar - o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 2009b).

Ainda, como categoria de análise, podemos mobilizar o modo de enunciação prototípico de cada território, observando a voz que lhe é própria: na *vontade da lei* se enxerga um ideal de voz, ligado a lugares mais institucionalizados, como o legislativo e o judiciário, ao passo que nos discursos mais independentes, como o discurso pedagógico, a voz assume outras características. Veremos em detalhes quando das discussões a respeito dos atores em cada esfera.

Sobre isso, Bourdieu (1997) afirma que “dada a extraordinária elasticidade dos textos de lei, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equivoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade” (BOURDIEU, 1997, pág. 223), tanto mais quando se tenha produzido voluntariamente lugares de equívocos e ambiguidades, mesmo acrescidos daqueles próprios, constitutivos e incontornáveis da linguagem.

O dito *em relação a* de um discurso, caso do nosso objeto, é mais destacado no que se refere ao que não deve ser dito, à restrição da instância enunciativa. Queremos dizer com isso que a rede relacional dos enunciados nos discursos, cria relações também a partir das vedações do dizer, dos *não ditos*³¹ - como as interdições, os tabus ou àquilo que, simplesmente, não é objeto do campo.

Vale salientar que ao longo da produção de Foucault, há um deslocamento, um movimento de aproximação e afastamento entre o seu pensamento e as teorias lacanianas da psicanálise³². A partir desta discordância sem, no entanto, uma proposta alternativa, Foucault passa a interessar-se pela dinâmica do poder. O faz, contudo, sem uma proposta de teoria ideológica, razão porque seu pensamento ganha críticas de Pêcheux (1977, pág. 236), para quem, a essas alturas, “não se pode fazer teoria sem tomar, simultaneamente, posição na luta de classes”.

Basicamente a divergência ente Pêcheux e Foucault reside em uma leitura bastante contrastiva de Marx: para o primeiro o engajamento ideológico implicava em um *fazer no mundo*, em uma tomada de posição política clara; ao passo que para o segundo, noções

³¹ É uma interdição, por exemplo, que o legislador enuncie e assumo o lugar de fala cuja premissa discursiva é: o legislador é mal-intencionado. Contudo, essa é uma premissa discursiva da população que reivindica por uma ‘limpeza’ no legislativo.

³² Para Birman a *renúncia* que constitui a subjetividade para Lacan é justamente o pomo da discórdia para Foucault. Outra crítica de Foucault à psicanálise diz respeito ao fato de que o conhecimento de si, ofertado pela psicanálise e capaz de delinear a subjetividade do sujeito, atua como se fosse um conhecimento de fora de si, dado pelo psicanalista.

como *ideologia e luta de classes* ficam de fora das suas investigações, substituídas pelos debates acerca do poder. Seguem, portanto, epistemologicamente, em diâmetros opostos.

Foucault, em meados dos anos 70, afirma que há certa concepção do marxismo que se impôs à universidade, segundo a qual, para ele, decorre uma noção *embaraçosa* da ideologia: trata-se da noção de que a ideologia possui um traço negativo pelo qual a “relação do sujeito com a verdade ou simplesmente a relação de conhecimento é perturbada, obscurecida” (FOUCAULT, 2009, pág. 26). Contudo para o filósofo, em verdade, a ideologia não é um véu que obscurece, mas que é ela mesma que forja o sujeito e, por conseguinte, forma as relações de verdade. Ou seja, é a partir dela, e não contra ela que a subjetivação é possível pela construção de noções relacionais. Para Foucault, a ideia de luta de poder (político) é mais nuclear do que a de luta de classe – “o poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber” (FOUCAULT, 2009, pág. 51).

Apesar dessa divergência, consideramos pertinente, no entanto, trabalhar com esses autores, considerando os diálogos possíveis entre suas obras e as contribuições dadas de um a outro, justamente originadas pelas discordâncias. Foucault e Pêcheux têm interesses diferentes, mas que se cruzam em vários pontos (cf. GREGOLIN, 2007). Pêcheux objetivava elaborar uma teoria do discurso para construir o campo da Análise do Discurso, articulando, para isso, a língua, os sujeitos e a História, especialmente a partir de um retorno a Saussure, Freud e Marx. Foucault, por outro lado, não tinha no discurso um objeto de análise em si, mas um instrumento para compreender as articulações entre os saberes (interesse pelo surgimento das ciências humanas) e os poderes, de tal modo que, conforme suas investigações caminhavam, surge a reflexão de que as coisas não preexistem às práticas discursivas. A partir de então, *uma espécie de* teoria de discurso ganha lugar central em sua obra.

Para Pêcheux, tanto a ideologia quanto o inconsciente são entes profundamente relacionados, porque são capazes de operar ocultando sua real existência, instrumentalizados pelo esquecimento e pelo recalque, produzindo no sujeito uma rede de verdades desveladas pela clínica psicanalítica. Daí decorre outro afastamento entre Foucault e Pêcheux, uma vez que Foucault já negara, como dito, as noções psicanalíticas.

II. ii. C - A LINGUAGEM, O DIREITO E O DISCURSO

Ao falarmos da metodologia que guia essa pesquisa, é necessário dizer, ainda, que Saussure, no clássico Curso de Linguística Geral nos ensina que é o ponto de vista que cria o objeto. Sendo assim, o ponto de vista que nos guia é o das questões suscitadas pela análise do discurso de linha francesa. Não nos interessam as questões de natureza propriamente jurídica.

Passaremos ao largo também, tanto quanto possível, das questões suscitadas pela filosofia e pela filosofia do direito. Contudo para observar o fenômeno que nos interessa, o da configuração de um discurso jurídico *latu sensu*, lançaremos mão de algumas contribuições da sociologia (como no caso de Bourdieu, por exemplo, que se dedica especialmente ao discurso jurídico na sua obra “O poder simbólico”), assim como entendemos que Michel Foucault poderá lançar luzes adicionais³³, não apenas a partir dos conceitos que a AD incorpora – a noção de formação discursiva, por exemplo – mas também com textos como “A verdade e as formas jurídicas”.

Austin³⁴ propõe uma visada sobre a linguagem, cuja função descritivo-designativa (mero instrumento para a designação da realidade) é apenas uma parte das suas funções, e, diria ele, não a mais importante. Para esse autor, o proferimento de enunciados não tem o condão de descrever o ato que se realiza, mas, de, a partir do proferimento, realizar coisas no mundo. Nesse mesmo passo, Austin nega que a linguagem funcione como espelho da realidade³⁵, e a partir de outro paradigma, sugere que as funções seriam muito mais

³³Optamos por incluir na base teórica deste estudo as contribuições de Bourdieu, considerando, em primeiro lugar a importância das suas reflexões a cerca de poder e liturgia (ritual), noções muito caras ao desenvolvimento das nossas investigações, assim como também, por haver uma série de paralelos entre o pensamento de Bourdieu e de Foucault - como o olhar historicizador do conhecimento e uma concepção construtivista da racionalidade. Não ignoramos, contudo, os dissensos entre eles, em especial o que a noção de *campo* (e seus consectários teóricos) traz para a produção de Bourdieu, do que Foucault efetivamente não partilha além dos métodos de trabalho bastante diversos. Para mais sobre os dissensos, ver CALLEWAER (2003).

³⁴ Vale adiante propor uma breve discussão sobre a interface possível entre a AD e a pragmática. POSSENTI (2009b) bem o fez ao discutir as convergências e divergências entre as linhas, e uma possibilidade de fronteira pouco mais porosa, dada a concepção de discurso como prática. Aqui, pois, evocamos Austin, não sem assumir o risco, mas acreditando que a ideia de uma língua em uso nos é útil para as discussões sobre o discurso jurídico, pelo menos no particular. Remetemos também à discussão sobre os performativos em Krieg-Planque (2012), especialmente no capítulo II, sobre “actes de langage et institutions: l’efficacité de la parole légitime”. Maingueneau também lança mão da Teoria dos Atos de Fala, formulada por Austin e desenvolvida por Austin e Searle, na AD.

³⁵ Tais reflexões se opõem àquilo levado ao extremo pelo Círculo de Viena pelo que seria função da ciência, buscar elaborar conhecimentos científicos verdadeiros, por meio de linguagens ideais, predominando-se a preocupação com o rigor languageiro das ciências. Trata-se da preocupação com a verificabilidade da ciência, por meio da checagem das suas condições de verdade, chegando assim, a um processo de eliminação de erros pela via da linguagem. Outra consequência é possibilidade de uma unificação terminológica, evitando-se que a ciência e os cientistas, se debatam com questões meramente decorrentes da língua. Austin, por sua vez,

amplas, posto que a linguagem coloca seres em interação – determinados seres, em dados contextos comunicativos. Tais postulações podem ser assumidas no presente trabalho, sem que signifiquem incompatibilidades teóricas.

A linguagem no campo do direito, o jargão, a metalinguagem (?) técnica, serve à função precípua de criar uma sistemática languageira que seja capaz de portar significados específicos, distintos daqueles da linguagem comum³⁶, para, cientificamente, poder dizer coisas, implicando significações dadas diferentemente pelo senso comum, muito embora a ideia de uma ciência do Direito seja ainda controvertida na doutrina e na literatura técnica (essa é uma justificativa bastante simpática para outras motivações para a linguagem hermética e inacessível³⁷).

Não distinguir entre o direito (em sua realização prática, baseado numa abordagem dogmática) e a *ciência* do direito (que o teoriza, a partir de um lugar zetético³⁸) é desde logo fatal (ou muito perigoso!) para a percepção das dinâmicas discursivas das esferas. No direito, a linguagem tem o escopo não apenas de informar sobre a teoria, mas também tem um caráter diretivo sobre as condutas – e aí reside uma diferença importante.

Ferraz Junior (2003) propõe que se trata de dar enfoques diferentes sobre a teoria: um dogmático e um zetético. No primeiro caso, enfoque dogmático, temos a decidibilidade de casos concretos como questão central, a partir de bases inquestionáveis que fornecem critérios de decisão – o dogma³⁹. É a partir de uma abordagem dogmática que é possível decidir e solucionar impasses - mesmo dados pela teoria – estabelecendo como se deve agir em dadas situações. No segundo caso, abordagem zetética, oportuniza abrir questões sobre a teoria, remanejar, rearranjar e rediscutir, já que sua finalidade é o caminhar do conhecimento jurídico, a teoria⁴⁰.

questionando a eficácia de tais métodos, discute sentenças que não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, derrubando a dita ‘falácia descritiva’ com a Teoria dos Atos de Fala.

³⁶ No anexo VII - Figura 15 vemos a interface de tramitação de um processo pela via eletrônica, em que se lê, por exemplo, a expressão *autos conclusos*. Isso significa dizer que o processo encontra-se com o juiz para despacho e não como normalmente parece fazer crer, que o processo está *concluído*.

³⁷ Adiante discutiremos as implicações na dinâmica de disputa e poder que está (sempre!) subjacente aos usos *particulares* da língua e da linguagem.

³⁸ A zetética e a dogmática são contrapartes do enfoque da teoria. Adiante trataremos com mais vagar.

³⁹ Não se discute veracidade ou não do dogma, mas apenas que seu lugar é fora do questionável. Não se questiona, é um dado a partir do qual deve circular o discurso.

⁴⁰ Remetemos à discussão sobre o Discurso Jurídico Pedagógico, pág. 128 e seguintes.

Vê-se, então, que é num espaço interno que as questões são (mais ou menos) debatidas, evocando-se sempre a si mesmas como fonte – daí porque desde logo pensamos num tipo de discurso mais autônomo do que menos⁴¹.

A questão do direito é que o seu objeto é um resultado, decorrente de uma prática interpretativa, ao passo que para as demais ciências sociais o objeto é um dado ou um fenômeno de análise. Ou seja, é a própria construção teórica do direito que o forja enquanto teoria ou fenômeno. É o conjunto de enunciados enunciáveis a partir da sua sistemática de existência que o faz existir. Para Bourdieu (2007) são as “instituições jurídicas, que produzem os seus próprios problemas e soluções” pela via da linguagem, e continua “é por isso que a lei é produzida primeiramente por seu autor imediato e, em seguida, por vários agentes (advogados, juízes, clientes, o espaço público), que transformam conflitos em reivindicações jurídicas”.

Nesse sentido, o direito não é verificável em termos de verdadeiro e falso. Pode-se dizer ainda que “a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele” (FERRAZ JUNIOR, 2003, pág. 40). É pela fusão das abordagens dogmática e zetética – embora analiticamente díspares - que se constrói o saber jurídico atuante no mundo. A legitimação das abordagens dogmáticas se dá pela via da zetética, de modo que o sujeito do discurso jurídico maneja conforme a conveniência as duas modalidades.

Para Bourdieu (2007), a ideia do direito como ciência jurídica está relacionada não exatamente a uma estrutura científica, mas a uma parte da estrutura que garante o poder simbólico capaz de ser exercido em cada sociedade. Para ele uma ciência jurídica diz mais respeito à sociologia, à construção teórica de conhecimento, mas não à parte cuja função dogmática se apresenta como um sistema fechado que faz sentido apenas dentro de sua lógica interna – ou, nas suas palavras, como sua *dinâmica interna* de funcionamento. Então, a dogmática jurídica apela à legitimação dogmática como ciência, para o sociólogo francês, opondo-se à retórica da persuasão revelada na prática do Direito.

Importante mencionar que a ideia da dogmática jurídica se opõe à zetética, muito embora ambas estejam também imbricadas a partir das funções descritivo-informativa e diretiva da linguagem, assim como os aspectos locucionário, ilocucionário e

⁴¹ Remetemos à discussão acerca do discurso constituinte, na pág. 141 e seguintes.

perlocucionário dos atos de fala de Austin⁴² são manifestações diferentes entre si, e imbricadas num só turno. Pensar, pois, um discurso jurídico nos impele a observar o comportamento da *ciência* do direito como prática discursiva, como discurso cuja linguagem técnico-jurídica pode oferecer: 1) a ideia falaciosa de transparência da linguagem; língua objetiva, unívoca e clara; 2) lugar das ideologias; 3) inscrição histórica etc.

E justamente por essa concepção de discurso que entendemos autorizado pensar, como propõe Bourdieu (1996, pág. 53), já que se trata de um espaço de manifestação ideológica dissimulada por uma ideia equivocada de transparência da língua. E mais, Bourdieu (2003) ainda afirma que o direito não é o que se diz ser, não é o que crê mesmo ser, mas que a ilusão criada no jogo, a magia é produto de construção discursiva, mas que realiza coisas muito reais no mundo: “Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerla creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; ya producirlos, ante todo, en quienes ejercen el derecho” (BOURDIEU, 2003, pág. 5).

II. ii. D - DO ESPAÇO

Para analisar o discurso jurídico, ainda que parte do trabalho repouse justamente na problemática descritiva que objetiva delimitar o que é afinal o *discurso jurídico*, antes urge recortar esse objeto sobre o qual desenvolveremos nossas reflexões.

Inicialmente, cumpre dizer que o objeto de nossa análise é o discurso jurídico brasileiro, cuja produção e circulação se dá no Brasil. Tal critério territorial já seleciona um segmento de um todo chamado *discurso jurídico*, ou seja, limitamo-nos ao discurso jurídico produzido, reproduzido e circulante em território nacional. Essa primeira limitação

⁴² Tratamos aqui da já mencionada Teoria dos Atos de Fala, elaborada inicialmente por Austin e desenvolvida por Searle, na qual, de modo simplista, *dizer é fazer*, na medida em que, ao proferir algo, estou simultaneamente realizando uma ação. Para que esse efeito se dê, a teoria prevê circunstâncias que garantem a eficiência da enunciação em *fazer coisas* Austin chama de *condições de felicidade*, e trata especialmente na “2ª conferência”. São condições de felicidade de um enunciado performativo, de modo resumido, que 1) o procedimento de enunciação seja aceito (proferimento de certas palavras, por certas pessoas, em certas circunstâncias); 2) que as pessoas e as circunstâncias sejam adequadas ao procedimento; 3) que o procedimento seja correto e completo; 4) que aquele que participa do procedimento tenha, de fato, tais pensamentos ou sentimentos (sinceridade); 5) que os participantes tenham intenção adequada e se conduzam de maneira adequada. Vê-se que as condições de felicidade dizem respeito à combinação de elementos intencionais e convencionais. Nesse trabalho discutiremos, tangencialmente, a força ilocucionária dos enunciados, que determina a potência de fazer coisas no mundo pela enunciação.

(ou recorte do objeto) exclui qualquer coisa que seja considerada discurso jurídico, se produzida ou reproduzida, em outro território que não o do Brasil. Ainda que se trate de discurso jurídico produzido no Brasil, ao cruzar qualquer fronteira de território, deixa de ter interesse para a nossa pesquisa, tendo em conta que tal fenômeno trará dinâmicas de funcionamento diferentes daquelas que serão descritas por nós. Temos então, uma condicionante de análise: partimos do pressuposto de que a produção e circulação dos discursos se dá de maneira distinta em cada território nacional. Não, é claro, por um limite imaginário e arbitrário que separe territórios, mas porque, do ponto de vista cultural, linguístico, sistemático, e organizacional teríamos outras implicações no funcionamento do discurso. É um retículo de valores sociais.

Justificamos essa abordagem teórica pela inscrição do discurso num dado momento, num dado estado de coisas. Embora pareça num primeiro olhar arbitrária a limitação territorial, para o caso do discurso jurídico, nos parece pertinente, tendo em conta que este tipo de discurso está vinculado a instituições⁴³, ou aparelhos ideológicos de Estado, que têm naturezas distintas, a depender, nesse caso, (também) do território (mas não apenas).

Exclui-se ainda, o discurso jurídico brasileiro, mas que circule por outros territórios. Exclui-se, por exemplo, a repercussão da doutrina brasileira em direitos alienígenas⁴⁴, assim como também, exclui-se o direito estrangeiro (ou alguma modalidade de direito comparado) do foco da nossa análise. O pressuposto teórico para essa exclusão se repete. A soberania dos Estados Democráticos de Direito autoriza interpretações, releituras, aplicações discussões e divergências que não podemos abarcar nesse trabalho, e que, por assunção teórico-metodológica, seguem uma dinâmica discursiva diferente.

Esse recorte metodológico já nos oferece, consigo, inferências epistemológicas importantes: a produção desse (e qualquer) discurso, evidentemente, está inscrita num ambiente discursivo particular e próprio, capaz de condicionar o funcionamento interno das dinâmicas de discurso.

Criamos, portanto, um ambiente artificial de análise, excluindo o nosso objeto do jogo infinito de discursividades possíveis e da circulação de discursos, por um critério meramente território. Não perdemos de vista, contudo que parte constituinte da natureza

⁴³ As instituições de que falamos serão tratadas adiante com detalhes.

⁴⁴ Mantemos o léxico do campo para o que significa direito estrangeiro. Essa opção – recuperar algum léxico do campo - tem um cunho metalinguístico de trazer algumas marcas típicas para um trânsito. Talvez não seja muito feliz (!). Minimamente demonstra que reside também no léxico a chave de ingresso no campo, entregue a alguns poucos *escolhidos* (cf. Bourdieu, 1996, 2007)

mesma dos discursos é a trama e a circulação. Em que pese considerarmos a limitação territorial, ainda poderemos observar esses fenômenos com facilidade, de tal sorte que não teremos um prejuízo significativo com essa exclusão. Quer dizer, a circulação é elemento tão fundamental dos discursos que, embora tenhamos um limite de território, ainda sim o objeto fornecerá bastantes elementos de análise. Queremos crer que para os fins desse estudo, a parada se justifique pelos resultados e que seja mais produtiva do que se não a fizermos.

Além da circulação do discurso brasileiro fora de território nacional, temos ainda presente as interfaces (explícitas ou implícitas) que emergem com as interferências e influências dos direitos de outras nações, assim como também do direito internacional. Contudo, nossa exclusão refere-se apenas à origem e circulação, ou seja, após a entrada do conteúdo no discurso do direito brasileiro, passamos a considerar discurso jurídico brasileiro e sujeito, portanto, a compor a nossa base de análise⁴⁵.

II. ii. E - DO TEMPO

Outro recorte metodológico importante para o nosso objeto é o tempo. Não nos propomos a fazer uma historiografia do discurso jurídico brasileiro, tampouco teremos condições de fazer as ligações infinitas com os discursos formadores. Elegemos, então, o marco inaugural do que passaremos a chamar de discurso jurídico brasileiro moderno (DJBm), com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para um sistema jurídico como o brasileiro, a Constituição Federal é o documento capaz de criar um novo universo jurídico e, portanto, tem imensa repercussão no conteúdo, funcionamento e circulação dos discursos relativos ao universo jurídico. É justamente a Constituição Federal (CF/88) que confere a um Estado o estatuto de Estado soberano⁴⁶ a partir de um conjunto de normas de constitutivas.

⁴⁵ Embora tenha sido algo delimitado desde o início dos trabalhos, esse limite se mostrou irrelevante ao longo da pesquisa. Preferimos, no entanto, mantê-lo, também como registro do caminho percorrido.

⁴⁶ CF/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; (...).

No Brasil, esse é um documento escrito, formal e rígido⁴⁷, como nos ensina a teoria. A CF/88 substitui o documento vigente desde 1967, cujo cenário de nascimento fora bem diferente, já que fruto do golpe militar de 1964 que instituiu o Regime Militar ditatorial. A CF/88, portanto, reinaugura o regime democrático, com um viés garantista, ou seja, protetivo⁴⁸ de direitos individuais.

Vale dizer que a ideia de estabilidade – dada pela formalidade, rigidez... – em verdade, se assenta sobre uma característica especial do Discurso Jurídico, que é, paradoxalmente, a constante mutação⁴⁹ – há, então, a necessidade de garantir um núcleo de segurança, que ofereça à vida social uma certa estabilidade. Isso diz respeito também à própria estabilidade que se vive nos períodos de redemocratização:

Ao contrário do que se pensa quando se refere a normas, a leis, a códigos, não é a imutabilidade a característica do sistema jurídico, mas a sua transformação dialética, movimento que vivifica sua estrutura em permanente contato com os demais sistemas sociais (BITTAR, 2008, pág. 170).

Essa alteração é fundamental para os fins da nossa análise, posto que orienta e é orientada por uma nova dinâmica discursiva. Forja-se uma nova realidade social, democrática, em oposição ao regime anterior autoritário, portanto, uma série de mudanças estruturais ocorre na sociedade, dando origem a um novo regime jurídico, e, numa via de mão dupla, esse regime jurídico inaugurado, passa a oferecer uma série de garantias legais aos cidadãos⁵⁰. Ao falar a lei, faz-se coisas. Pela constituição dessa norma, instaura-se um dado estado de coisas no mundo. Essa enunciação é, pois, atuante.

⁴⁷ Ser formal significa que além de matérias* de natureza eminentemente constitucional, outros assuntos também são tratados, como procedimentos, ou, como o texto do art. 242, por exemplo; se opõe a ser material. Rígido quer dizer que o procedimento legislativo para as alterações é mais complexo do que o de outras leis. Além das classificações já mencionadas, a CF/88 ainda é do tipo dogmática (e oposição à histórica), visto que um foro especial fora criado com o fim específico de sua criação; promulgada (em oposição à outorgada), muito embora conheçamos na história recente textos outorgados; analítica (oposta a sintética), que diz respeito ao tratamento extenso das matérias; dirigente, visto que não apenas garante direitos, mas se ocupa em formular metas e diretivas, opondo-se à garantia. *Matéria é a questão específica de que trata o texto. Aplica-se esse termo para quaisquer textos do Discurso Jurídico.

⁴⁸ De novo: léxico do campo mantido. Quer dizer que objetiva proteger, que se dirige a um corpo social que carece de especial proteção do Estado, e tem como princípio básico garantir que os sujeitos detenham condições de igualdade, tanto nas relações quanto nos litígios judiciais.

⁴⁹ De acordo com levantamento feito pelo Nexô jornal, (MARIANI E ALMEIDA, 2016), a média de Emendas Constitucionais no Brasil é a mais alta do mundo – 8,8 a cada 10 anos de vigências. Em extensão é a terceira maior Constituição do mundo – daí talvez, por isso, tantas reformas.

⁵⁰ Ressalte-se que quando da promulgação da CF/88 o Código Penal de 1945 foi recepcionado pela nova lei maior, revogadas automaticamente as disposições que não estivessem de acordo. O mesmo se deu para o Código Civil, substituído integralmente apenas em 2002 e o Código de Processo Civil de 1973, reformado apenas em 2015. Isso apenas para exemplificar. Uma infinidade de leis passou pelo processo de recepção.

Observemos a ambiguidade lexical do termo *constituição*: trata-se do ato de constituir, estabelecer, o modo pelo qual se constitui algo, mas também trata-se do gênero textual que alberga a lei fundamental e suprema de um Estado. Além disso, ao mesmo tempo em que se enuncia a si como um gênero, é capaz de constituir o Estado que a enuncia. Voltaremos a esse fenômeno adiante.

Daí outra inferência teórica importante é que o discurso jurídico faz coisas no mundo. Para Bourdieu (2007, pág. 297) o direito é a forma por excelência do discurso atuante, e, por hipótese, o discurso jurídico em suas múltiplas manifestações.

II. ii. F - DO *CORPUS*

A seleção do *corpus* é já parte do processo de análise, e, portanto, bastante importante e complexa. Haveremos de nos libertar de recortes preestabelecidos “de modo a definir um modo de acesso a certo setor da produção discursiva; de outro lado é preciso que a configuração que se constrói não seja arbitrária” (MAINGUENEAU, 2008) mas significativa e suficientemente demonstrativa. Para o tipo de trabalho de descrição do campo que propomos, o *corpus* será ilustrativo das questões que nos tocamos, e é formado por decisões paradigmáticas ou por buscas em repositórios de jurisprudência a partir de palavras-chave.

Para o acesso direto ao *corpus*, então, partimos de hipóteses possíveis dadas pela teoria e buscamos as confirmações ou refutações por meio de busca nos repertórios de jurisprudência ou nas versões compiladas⁵¹ dos textos de leis codificadas (Código Civil,

⁵¹ A versão compilada traz o texto que vige atualmente, podendo conter o histórico de atualizações do texto. Transcrevemos aqui pequeno trecho da lei de locações (lei 8245/1991), para ilustrar, o modo como o texto compilado pode aparecer em caso de alterações da lei. Nesse caso, temos o art. 4º do texto original (1991), alterado em 2009 e também em 2012, todos riscados para a permanência do texto vigente.

“Art. 2º Havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende - se que são solidários se o contrário não se estipulou.

Parágrafo único. Os ocupantes de habitações coletivas multifamiliares presumem - se locatários ou sublocatários.

Art. 3º O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos.

Parágrafo único. Ausente a vênua conjugal, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente.

Código de Processo Civil, Código Penal, Código Tributário, Constituição Federal etc), todos disponíveis nos sites oficiais. Discutimos, por exemplo, a hipótese de uma validação pelo valor filosófico da Justiça. A partir disso, acessamos os repositórios de legislação e de jurisprudência de vários estados e dos tribunais superiores e fizemos buscas com termos conexos, como *justo* ou *justiça*. Com os resultados, verificamos se confirmada ou refutada a hipótese de validação. E assim para outras entradas.

Considerando o tipo de descrição a que nos propomos, documentos ilustrativos serão incorporados aos anexos.

II. ii. G - DAS QUESTÕES NORTEADORAS

Em linhas gerais, a ideia gira em torno de propor uma leitura do discurso jurídico a partir do ponto de vista dado pela AD. Proporemos, então, um quadro que subdivide esse tipo de discurso, a partir de critérios previamente discutidos (como a sua topografia de circulação, por exemplo).

Algumas questões fundamentais norteiam nossas reflexões, como por exemplo: Como se inaugura um discurso jurídico? Ou: Como uma enunciação pode ser classificada como pertencente ao discurso jurídico? Porque uma enunciação é ou pode ser classificada como afeita ao discurso jurídico? O discurso jurídico pode ser considerado um discurso constituinte (cf. categoria proposta por Maingueneau)?

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 924 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. — (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. (Redação dada pela Lei nº 12.744, de 2012)

Parágrafo único. O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência.

Jurídico, diz-se para definir, é tudo aquilo que tem juridicidade. Tentaremos explorar essa tautológica definição para verificar como isso se dá nos textos e nas práticas discursivas.

O produto final, esperamos, seja uma análise sobre os modos de organização dos enunciados, do ponto de vista interno às esferas, típicos em cada canto dessa geografia, mas também, numa relação dialética⁵² no contexto de existência desses discursos.

III – DO PEDIDO

Em face dos argumentos articulados, requer-se que as razões anexas façam parte integrante do presente petitório, instruindo o pleito com as provas produzidas, para:

- a) Seja a presente recebida pelo juízo competente, apreciada e julgada;
- b) Faça parte da presente as razões anexas, bem como, a sustentação oral a ser realizada, em sessão pública de defesa;
- c) Sejam avaliadas as provas produzidas, nos termos da lei;
- d) Que o presente pleito seja ao final julgado procedente, conferindo-se o título de Doutora em Estudos Linguísticos á requerente

Nestes termos

Aguarda deferimento

Curitiba, 18 de agosto de 2017

Guida Bittencourt

OAB/PR 38831

⁵² Sem ignorar que esse dialogismo é constitutivo de qualquer discurso: o Outro se encontra na raiz de um Mesmo, sempre já descentrado em relação a si próprio (MAINGUENEAU, 2008, pág. 36).

3.

UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO E ANÁLISE

3.I - UMA (FALSA) HOMOGENEIDADE

Parece haver uma ideia de que o discurso jurídico apresenta um funcionamento similar em todas as suas esferas de existência. Tentaremos demonstrar, no entanto, que tal ideia de homogeneidade não vai além senão de uma certa temática afeita à noção de juridicidade, quando muito. Ou seja, diz-se discurso jurídico para aquele que transita pelo espaço da juridicidade.

A juridicidade, por sua vez, é uma noção que traz consigo a própria fenomênica do Direito, imersa numa teia social e cultural mais ampla, e cujas informações a penetram e a formam. O Direito passa a ter existência real justamente pela existência e circulação de seus textos, do seu discurso, que é, como veremos, uno quanto à juridicidade, mas que mobiliza atores, gêneros, vozes, e sistemáticas de funcionamento muito diversas entre si.

A ideia de um *discurso jurídico* como um tipo singular pode ter sido concebida pela intenção (mais ou menos consciente) de fazê-lo secreto, dado aos seres especiais, inacessível para todos aqueles que ainda não tenham sido iniciados.

Bourdieu (2007, pág. 226) chama a atenção para o fato de que a linguagem jurídica “consiste num uso particular da linguagem vulgar” como marca de uma fronteira imposta entre os que estão preparados ou excluídos para entrar nesse espaço, porque a

constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva a desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos fatos, da sua ‘visão do caso’ (BOURDIEU, 2007, pág. 225).

E tanto a partir do domínio de saberes específicos, como mais facilmente perceptível por meio do domínio de uma certa *linguagem* é que se dá o fundamento não acidental de uma relação de poder, por natureza e vontade excludente. Dizemos por natureza e vontade tendo em conta que o domínio pela *casta* (e consequente operação de exclusão dos que não pertencem) *não* é acidental, mas fruto de uma intencionalidade de

conservar um monopólio de saber. Pelo manejo e controle exclusivo, opera-se a detenção de mais capital simbólico. Essa ideia de pertencimento ao campo – que carrega em si o despertencimento e a interdição – são fundamentais para a economia das trocas simbólicas.

Nesse sentido, há de fato uma força que reúne todas as modalidades do discurso jurídico, ou melhor, todas as manifestações do discurso jurídico nas suas esferas de existência, qual seja a sua particular maneira de manejar a linguagem construindo, reproduzindo e o consolidando como um campo de exclusão. Arriscamos dizer, especialmente pela via da língua. Ressalvamos que apesar dessa força que pode potencialmente unir as esferas, os seus funcionamentos e modos de organização são bastante distintos, e é justamente o que motiva nossa pesquisa.

Porter (1997, pág. 57) afirma que, sem dúvida, o jargão “tem seus usos legitimados atuando como uma estenografia profissional” gerando – queiram ou não –, diz o autor, “uma verbosidade mistificadora que é obscura para o público”, e não por acidente. Para Bourdieu (2003), o jargão funciona como um meio de obter o “reconhecimento baseado no desconhecimento”.

Se, para o público em geral, os leigos, os não iniciados, o jargão pode ser um obstáculo a uma comunicação eficiente (BURKE e PORTER, 1997, pág. 20), de outro lado, tem a função de oferecer uma comunicação mais “rápida e eficiente entre os iniciados. Os leigos não entenderão, mas então esse é o tipo de conversa que não lhes diz respeito” (BURKE e PORTER, 1997, pág. 22). Marca, portanto, de forma potente e definitiva uma linha que delimita inclusão e exclusão, “não é por acaso que essa forma de linguagem seja desenvolvida de maneira tão rica em instituições totais, em que os habitantes se sentem extremamente diferentes do resto do mundo (...) Ele [o jargão] é um meio e um sinal de iniciação em uma nova comunidade” linguística. (BURKE e PORTER, 1997, pág. 24).

Interessante observar, que no caso do discurso jurídico (e talvez em muitos outros domínios, como a medicina, por exemplo) a *conversa* diz, sim, muito respeito ao *leigo* (para usar o mesmo termo de Bourdieu e também Burke e Porter) que está envolvido. No domínio do discurso jurídico, é um conflito individual (ou com repercussões individuais) que está em discussão pública, em que advogados agem por procuração para um dizer em substituição à própria pessoa sobre suas demandas. Como então explicar uma ideia de que

essa é uma conversa que não diz respeito ao leigo, senão pela via do poder que se exerce com essa mística e esse segredo.

O discurso jurídico pertence a um campo exemplar no uso do jargão como marca de inclusão/exclusão. Profissionais se reconhecem entre si pelo manejo adequado dos jargões do campo e pela condição de desvendar e trabalhar com o que a verbosidade *quer dizer de fato*.

Ao tratar sobre o monopólio de exercício do dizer a lei⁵³, Bourdieu (2007, pág. 225) afirma que a fronteira linguística do *espaço judicial* marca os que estão preparados para “entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental” necessário para a circulação nesse espaço social.

É que permanecer desconhecido é a maneira de o discurso ser reconhecido como tal – jurídico – e deste reconhecimento é que decorre sua legitimidade (BOURDIEU, 2007, pág. 243), porque seu enunciador, de saída, se recobre da aura do saber científico (descolado das simples recomendações do senso comum) e da aura da verdade ética (como em uma lógica normativa da moral) (BOURDIEU, 2007, pág. 213).

Por essas razões é possível que haja um tratamento generalizante do discurso jurídico como um ente uno – quanto ao jargão –, posto que em certo sentido, comunga da característica de manipular a linguagem de modo particularmente excludente, em qualquer das esferas de sua existência, como se tentará demonstrar. Bourdieu (1996, pág. 28) usa a ideia da unidade do discurso jurídico para assinalar que o

discurso jurídico é uma palavra criativa, que faz existir o que ela enuncia. Ela é o limite ao qual pretendem todos os enunciados performativos, bênçãos, maldições, ordens desejos ou insultos; isto é, a palavra divina, o direito divino que, o que ela enuncia, ao contrário de todos os enunciados derivados, constatativos, simples registros de um dado preexistente (BOURDIEU, 1996, pág. 28).

⁵³ Vemos que aqui Bourdieu trata de um *dizer a lei* que lemos como o poder inerente à legitimidade institucional, esticando essas considerações a todo o *discurso jurídico*.

Nesse cenário de unidade, ou de uma ideia de unidade no e do discurso jurídico, Bourdieu⁵⁴ (2007, pág. 237) afirma que “o direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos”. E complementa, afirmando que “não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este”.

Pode-se dizer, ainda, que este caráter atuante do direito se vincula a sua natureza ritual. Foucault (2003, pág. 57) afirma que o direito é a “forma ritual da guerra”, visto que pela declaração de culpa *mata-se* ritualmente o assassino, expurgando o inimigo social do seio da sociedade ferida. Bourdieu (2007), por sua vez, trata do mesmo ponto afirmando que

conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a renúncia à violência física e às formas elementares da violência simbólica (...). É também, e sobretudo, reconhecer as exigências específicas da construção jurídica do objeto: dado que os fatos jurídicos são produtos da construção jurídica (e não o inverso) uma verdadeira retradução de todos os aspectos do ‘caso’ é necessária para *ponere causam*, como diziam os Romanos, para constituir o objeto de controvérsia enquanto *causa*, quer dizer, enquanto problema jurídico próprio para ser objeto de debates juridicamente regulados e para reter tudo o que, do ponto de vista de um princípio de pertinência jurídica, mereça ser formulado, e apenas isso (...) (BOURDIEU, 2007, pág. 229, itálicos no original).

A retradução – ou somente *tradução*⁵⁵ - dos fatos avaliados como juridicamente relevantes, se dá pela apropriação da narrativa do sujeito interessado, pela mediação dos atores detentores do discurso recriador e atuante. Para tanto, todas as esferas de existência

⁵⁴ Optamos por incluir na base teórica deste estudo as contribuições de Bourdieu, considerando, em primeiro lugar a importância das suas reflexões acerca de poder e liturgia (ritual), noções muito caras ao desenvolvimento das nossas investigações, assim como também, por haver uma série de paralelos entre o pensamento de Bourdieu e de Foucault - como o olhar historicizador do conhecimento e uma concepção construtivista da racionalidade. Não ignoramos, contudo, os dissensos entre eles, em especial o que a noção de *campo* (e seus conseqüências teóricas) traz para a produção de Bourdieu, do que Foucault efetivamente não partilha além dos métodos de trabalho bastante diversos.

⁵⁵ Maingueneau (2008) a esse propósito, oferece uma excelente descrição dessa acepção de tradução que transcreveremos porque também útil para as discussões de *movimento* que propomos: “Não se trata de uma tradução do ‘outro’ no ‘mesmo’, como quando se fala de mitos, de ideologias... que se convertem a estranheza radical do real em seu código para domesticá-la. Não se trata também de uma tradução interlinguística, de um idioma para outro. Não há nenhuma razão para limitar o uso desse termo à opacidade entre línguas naturais distintas: no interior de uma mesma língua, existem por toda parte zonas de incompreensão recíproca, e, por pouco que elas constituam sistema, definam uma área de enunciação específica podemos pensá-las em termos de ‘discurso’ e de ‘tradução’. Definimos assim regras de passagem de uma interpretação a outra, sem tocar na estabilidade do significante linguístico. Projeto que não passa, no fundo, de uma conceptualização dos dizeres (...)” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 100).

do discurso jurídico são mobilizadas, como pretendemos demonstrar com essa proposta de classificação para análise. Repisamos a ideia de que o DJ se forja a si enquanto se enuncia.

Além disso, em geral, cada exemplar de manifestação do discurso jurídico tem uma estrutura básica dada por lei e, assim, com pouca margem para o uso de recursos criativos e artísticos⁵⁶. Com isso queremos dizer que o gênero *petição*, por exemplo, terá uma forma prescrita em lei⁵⁷; o gênero sentença também seguirá um modelo dado em lei⁵⁸; o despacho judicial deverá cumprir requisitos legais, e assim sucessivamente. A cada gênero equivale uma forma previamente conhecida pelos usuários/operadores, mas inacessível ao, digamos, destinatário (supondo como destinatário, para essa finalidade, o jurisdicionado).

Bittar (2008) classifica os componentes do discurso jurídico em discurso jurídico-normativo, discurso jurídico-burocrático, discurso jurídico-decisório e discurso jurídico-científico.

Como veremos, propomos uma classificação ligeiramente diferente, já que consideramos como fator de identidade o lugar de fala, a topografia da enunciação do discurso e não sua finalidade/função. Optamos por propor essa classificação, já que na nossa investigação observa-se (e se pretende demonstrar) que é o lugar de fala que dota o discurso de legitimidade e que traz implicações na organização funcional das esferas, e, como consequência, para o DJ. E é justamente esse o dado que nos interessa mais de perto, em detrimento da finalidade ou do seu conteúdo jurídico.

Nossa classificação, grosso modo, se dá tripartindo o discurso jurídico em discurso jurídico legislativo, discurso jurídico judicial e discurso jurídico pedagógico. Para nós, o que Bittar (2008) chama de discurso burocrático é absorvido pelos demais tipos, posto que, não nos interessa o seu conteúdo formal, mas que seja proferido dentro de um *topos*.

Passaremos a tratar de cada item do quadro singular e genericamente nessa seção, explicitando o que imaginamos para cada um dos destaques dados, e, na sequência, trataremos especificamente das esferas e como cada elemento do quadro aparece de modo diverso em cada uma das modalidades que compõe o todo do discurso jurídico.

⁵⁶ Pode ser controverso assumir, sem nenhuma relativização, que não haja margem para recursos criativos ou artísticos (nos anexos VIII, IX e XI vemos contraexemplos). O que pretendemos com isso é passar ao largo da discussão a respeito da instrumentalidade das formas e generalizar, por economia, eis que não se trata do objeto específico dos nossos interesses.

⁵⁷ Para consulta, há um modelo no anexo VIII.

⁵⁸ Para consulta, no anexo X há uma Ata de Audiência em que o juiz profere sentença.

3. II - UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO

Por esferas, entendemos um espaço de trânsito do discurso que, por definição, não é homogêneo, mas que possui um centro e regiões periféricas (MAINGUENEAU, 2014, pág. 66), cabendo ao analista, a partir dos critérios da pesquisa, estabelecer em que nível se situará.

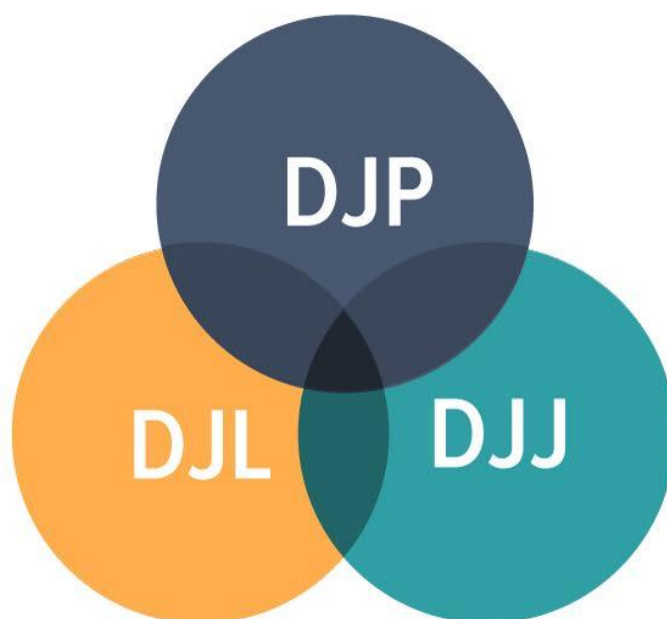
Pensamos numa classificação a partir do lugar de legitimação do discurso. Nesse sentido, propomos subáreas do campo jurídico ou do campo do Direito (cf. Bourdieu) com comportamento discursivo aparentado pela temática da juridicidade, porém, com funcionamentos internos diversos. As esferas, então, se diferenciam pelo centro da origem de sua legitimidade (discutiremos cada item adiante, individualmente), pelos atores envolvidos, pelos gêneros mobilizados e pelo modo de operação prática do discurso.

As esferas, no entanto, não têm funcionamentos independentes entre si. Pelo contrário: embora tenham sistemas de funcionamento diferentes, como engrenagens funcionam apenas de forma interdependente, ou seja, a esfera legislativa existe como suporte para a jurisdicional, esta, por sua vez, existe a partir das produções legislativas. O mesmo ocorre para a esfera pedagógica: sua existência discursiva se dá a partir do universo jurídico discursivo produzido nas esferas legislativas e judiciárias. Muito mais do que pensar que a esfera pedagógica tem existência num *a partir*, é que além disso, sua existência retroalimenta o sistema, passando a ser parte integrante tanto do discurso judicial quanto do discurso legislativo.

Com isso, retomando a ideia de uma unidade ou pseudo-unidade, pela inter-relação necessária e constitutiva dessas esferas, vê-se a constituição de um universo discursivo singular, composto, necessariamente, por suas partes.

Pensamos que as esferas tenham existência autônoma, partilhando parte de sua existência com outra esfera, mas também, excluindo as demais se seu funcionamento externo, como tentamos mostrar no esquema abaixo:

FIGURA 1 – CONFIGURAÇÃO DAS TRÊS ESFERAS



FONTE: A autora (2017)

Por legitimidade aqui, entendemos uma autorização completa, tácita, estável, que tem seu fundamento num conjunto de crenças partilhadas entre os sujeitos de dado grupo. Tomamos de empréstimo o termo cunhado no seio da Teoria Geral do Direito ou da Filosofia Política para designar um valor de dado fenômeno, que extrapola o sentido original⁵⁹, para designar a capacidade de adesão a certo comportamento (enunciação, por exemplo) a partir de um certo consenso entre uma comunidade que comungue (com o perdão da tautologia) das mesmas crenças para o desfrute do poder de agir, de modo autorizado e, até mesmo, no limite, esperado. Não tem a ver, contudo, com obrigações ou tarefas. É uma faculdade de que goza um sujeito, um grupo ou uma instituição, a partir, claro, da repercussão ideológica que habita as crenças compartilhadas.

A fonte da legitimidade em cada esfera, propomos, é um tipo de instituição diferente – na forma de um aparelho de Estado. Pela nossa proposta, por exemplo, a fonte legitimadora do discurso jurídico judicial é o poder judiciário; já para a esfera legislativa, o

⁵⁹ Os usos mais frequentes dizem respeito à adequação de uma norma ao sistema jurídico que a concebe.

discurso jurídico legislativo é a própria instância democrática/representativa⁶⁰ (que, como discutiremos na seção própria, pode ser materializada na CF/88⁶¹). Vê-se, pelo exemplo, que o poder perlocucionário que torna a fala em ação, em cada caso, remete a uma fonte diferente. Decorre daí um funcionamento diferente, atores diferentes, uma cena englobante e genérica diferentes etc.

O mesmo enunciado, como sói acontecer, funciona de modos diferentes a partir de como se liga a uma dessas fontes, porque sua finalidade é, também, distinta:

Todo enunciado é intrinsecamente suscetível de tornar-se outro, diferente de si mesmo, se deslocar discursivamente de sentido para derivar para um outro (a não ser que a proibição da interpretação própria ao logicamente estável se exerça sobre ele explicitamente). (PÉCHEUX, 1997, pág. 53)

Por exemplo, se tomamos o seguinte enunciado: *A condenação pecuniária incluirá juros e multa*, podemos observar três funcionamentos diversos:

1) Se transitando no DJL: trata-se de prescrição em tese, em que para toda condenação do tipo X, caberá ao juiz ou à parte considerar a inclusão de juros e multa. É uma previsão legal hipotética, impessoal, que poderá ou não incidir sobre algo do mundo, realizando coisas. Esse enunciado será válido quando observar as regras de legitimidade e o processo legislativo adequado (que resultará num dado gênero – lei, decreto, medida provisória etc.), sendo proferida pelo ator dotado de poderes para isso;

2) Se transitando no DJJ: trata-se de prescrição *in concreto*, para o caso *sub judice*. Ou seja, após o regular *processo*, o poder judiciário – legítimo para tal – decide que terá incidência sobre algo concreto no mundo. A partir dessa enunciação, uma certa condenação pecuniária no valor de X; passará a ser X + (juros) + (multa), resultando num valor superior. Esse enunciado será válido e terá eficácia se proferido por quem de direito (o ator seria um juiz ou desembargador, via de regra), após a observância das formalidades legais do processo, resultando numa sentença (gênero central, nesse caso).

3) Se transitando no DJP: pode discutir, examinar, debater, criticar e estudar os dois primeiros tipos acima descritos, assim como, pode estar propondo uma nova modalidade

⁶⁰ Primeiramente (fora!), não é o escopo dessa pesquisa discutir as noções de democracia e representatividade, e, portanto, ficaremos aqui com uma ideia genérica e pouco eficiente, é verdade, mas capaz de dar conta das nossas intenções. Falamos de democracia e representatividade como um sistema político oposto ao ditatorial, cuja força/violência (institucional ou física) seja preponderante, com a eliminação da participação popular nas eleições. É verdade também que, nesse momento da história do Brasil, é ainda mais complexo o tratamento desse tema. Porém, nos referimos aqui, especialmente, às eleições diretas. Para mais sobre democracia cf. Bobbio, 2007.

⁶¹ Remetemos à discussão proposta no item 4.II, pág. 67 e seguintes.

de pensar a condenação, para que, por exemplo, *sempre* inclua juro *ou* multa; juro *e* multa; pode ainda problematizar a aplicação para *algumas* condenações pecuniárias, mas não *todas*. Pode ter sido enunciada numa aula, numa palestra, num curso, estar contida num manual, numa apostila, numa sentença utilizada para estudo (palestra, curso...), numa lei utilizada para o desenvolvimento de uma tese, dissertação (livro, manual ...).

Desse pequeno exercício, se observa que o gênero do texto é um elemento de análise de fundamental importância.

Para tratar do gênero as noções da cena da enunciação propostas por Maingueneau (1997, 2010) são de grande importância, porque dela decorrem algumas conclusões. Para esse autor não se trata – importante ressaltar – de mera taxonomia (completamente irrelevante para a AD), mas de observações com consequências para a própria análise, que, em certa medida, já constituem a própria análise, porque “a explicação das condições genéricas, de suas cenografias não representa uma finalidade para a AD”, mas um caminho. Isto importa apenas na medida analítica de que “recorrer, preferentemente a estes gêneros e não a outros é tão constitutivo da forma discursiva quanto do ‘conteúdo’” (MAINGUENEAU, 1997, pág. 38).

Maingueneau apresenta as noções de três aspectos da cena que se complementam, a saber: 1) cena englobante; que diz respeito ao tipo de discurso, conceito amplo que opõe, por exemplo, o discurso publicitário ao discurso jurídico; 2) a cena genérica; que diz respeito aos gêneros discursivos mobilizados em cada situação de enunciação. Neste estudo analisaremos tudo aquilo que seja potencialmente produzido e reconhecido como gênero do discurso jurídico (em cada seção específica das esferas, faremos a descrição e análise dos gêneros centrais e periféricos – sentença, petição, ata, lei, jurisprudência, manual, voto etc.); e 3) a cenografia; que dá conta do efetivo momento da enunciação, que, se por um lado é formada pelo discurso, por outro, é também formadora dele (i.é. o forma) – uma via de mão dupla de legitimação.

No que tange à cena englobante importa destacar que o discurso institucional pressupõe uma *instituição* enunciativa, personificada por um sujeito enunciativo. Para Krieg-Planque (2012) a linguagem é essencial às instituições, na medida em que a existência de instituições supõe uma linguagem capaz de permitir, criar e organizar “a formação, a expressão, a transmissão e a transformação de crenças e atitudes pelas quais são criadas e organizadas as formas e estruturas sócias que são as instituições” (KRIEG-PLANQUE, 2012, pág. 22, tradução nossa). Complementa, ainda, evocando a noção de

*comunidade discursiva*⁶² para designar os grupos sociais que não existem senão pela via da dependência das enunciações dos textos que elas mesmas produzem e difundem segundo normas fortemente codificadas. Em cada esfera que trabalharmos, observando a instituição a que se liga, veremos a manifestação dos códigos formais, tanto na produção quanto na difusão dos textos.

Para cada esfera de funcionamento, há um grupo diferente entre si de gêneros centrais e periféricos mobilizados. As diferenças dos gêneros incluem não apenas diferenças de organização textual, mas também com relação aos papéis dos participantes, os atores, as finalidades comunicativas, o meio de existência físico, sua inscrição histórica e seu valor no quadro geral. Para Maingueneau (2004, pág. 45) os gêneros de discurso como dispositivos de comunicação sócio-historicamente definidos e elaborados, implicam justamente na observação dos parâmetros de existência real, ou seja, na ancoragem do real do texto⁶³.

A partir de uma dimensão do real do texto, enquanto emergência inscrita sócio-historicamente vinculada necessariamente a atividades sociais, para Maingueneau (2002), os gêneros são submetidos a um conjunto de condições de êxito: uma finalidade reconhecida; o estatuto de parceiros legítimos; o lugar e o momento legítimos; um suporte material e uma organização textual. Verificar adequadamente as condições de êxito do gênero, afim de que se reconheça sua finalidade, é dado incontornável para que haja uma resposta adequada do destinatário ou interlocutor, e, em consequência, efetive-se a comunicação.

É necessário que um sujeito reconheça um texto como lei para que se comporte em conformidade. Se o sujeito interpreta esse gênero como publicidade, por exemplo, que o aconselha a praticar ou não certo ato, sua taxa de adesão ficará sujeita a elementos diversos

⁶² Noção proposta por Maingueneau que dá conta de um lugar de produção discursiva como uma instituição à qual suas próprias práticas discursivas dão existência e coerência. Um espaço estruturado de tal sorte que se estruture pelas práticas discursivas.

⁶³ Excluiremos de qualquer análise ou consideração o gênero conversacional, cujas características são a 1) imediatidade: que diz respeito a proximidade no tempo e no espaço dos participantes, dado pelo contato direto e respostas instantâneas; 2) familiaridade: dados pela espontaneidade, imprevisto e descontração; 3) gratuidade: sua existência se dá por si, sem nenhuma finalidade outra; 4) igualdade: dado pelo equilíbrio de *status* entre os participantes (MAINGUENEAU, 2014, pág. 116, tradução nossa). Uma audiência, por exemplo, gênero do discurso jurídico judicial, embora oral e imediata, tem como finalidade a produção de provas e é gerida pela formalidade do *script* de atuação de todos os atores. Está, então, dentro dos nossos interesses. Aliás, importante ressaltar que embora nossa opção seja por excluir esse gênero conversacional, para Maingueneau (2014) essas conversas ao lado da máquina do café ou nos corredores fazem parte integrante do funcionamento das instituições, e são, portanto, necessárias ao seu funcionamento (MAINGUENEAU, 2014, pág. 68, tradução nossa)

do que sua taxa de adesão estaria, caso a reconheça como lei. Para Maingueneau (2002), os saberes mobilizados para os reconhecimentos dos gêneros textuais são chamados de competência genérica, e isso desobriga o interactante e “prestar uma atenção constante a todos os detalhes de todos os enunciados que ocorrem em nossa volta” (MAINGUENEAU, 2002, pág. 64). Assim, o lugar, o momento, o encadeamento, a validade, o suporte material, são elementos que o gênero informa e que podem ser reconhecidos, para a correta interpretação e eficácia da interação comunicativa.

Uma bula de remédio e uma lei contêm ambas prescrições de comportamentos. Contudo, a correta interpretação do gênero, observando-se os elementos acima mencionados, informam o interpretante – o interlocutor, o interactante – a respeito do tipo de prescrição de conduta que se trata. Nesse sentido, há uma economia de traços a serem considerados para que se *acate* a prescrição conforme seja ditada pelo gênero e pela esfera. Um mesmo gênero pode fazer parte de duas esferas diversas, e em consequência disso, produzirá efeitos de sentidos diferentes.

Os gêneros centrais serão aqueles que qualitativa e quantitativamente sejam mais representativos, os periféricos, por sua vez, o contrário. Nos aprofundaremos em como isso se verifica em cada esfera, para cada caso.

Para Maingueneau (2014), uma esfera de atividade não é um espaço homogêneo: “existe um núcleo e uma periferia, de natureza variável, dependendo do caso em questão. O núcleo é constituído pelos gêneros que parecem mais próximos da finalidade que é comumente reconhecida para essa esfera” (MAINGUENEAU, 2014, pág. 66, tradução nossa), – são os gêneros centrais.

Não por acaso, os gêneros centrais de cada esfera serão também os definidores dos atores protagonistas. O legislador é então um ator fundamental no DJL, o juiz e advogado o são no DJJ e o professor acadêmico o é do DJP. Porém, certamente não são os únicos, porque ainda teríamos aqueles que não são tão visíveis, como os assessores, os consultores, peritos, revisores, técnicos judiciários etc.

Em regra, podemos afirmar que no caso do discurso jurídico, um mesmo ator pode transitar por duas (ou mais) esferas, desempenhando papéis diferentes. Por exemplo: um juiz, vinculado à fonte legitimadora do poder judiciário, pode também desempenhar papel de professor, vinculando-se à fonte legitimadora da universidade.

A vinculação institucional do ator pode se dar por meios de entradas muitos diversas. Desde uma longa carreira profissional, envolvendo concursos e promoções, como

no caso da magistratura e do Ministério Público, como pela nomeação direta por um ente político, ou pela carreira acadêmica para os professores e doutrinadores, ou pela eleição para os membros do poder legislativo. O advogado é o profissional que além de bacharel em Direito, é autorizado pela OAB (se em dia com o pagamento das anuidades!). O estudante é também ator que constitui a gama de atores nesse tipo discursivo, vinculado à legitimidade dada pela academia, em geral, ingressando pela via dos processos seletivos das inúmeras faculdades de Direito.

Alguns atores têm a entrada no discurso jurídico como ‘convidados’, como seria o enquadramento do perito judicial que, atuando como conselheiro (posto que emite pareceres não vinculativos), atende a convite que pode ser feito pelo juízo ou pelas partes envolvidas, na produção de prova técnica⁶⁴. Podem ainda participar em discussões de audiências públicas, no âmbito do DJ legislativo, por exemplo.

O papel do ator está diretamente ligado à instituição a que ele se vincula. É ela – a esfera - que norteia a vinculação institucional do ator e o papel a ser desempenhado, delimitando quais gêneros podem/devem ser mobilizados. É também a esfera e a vinculação institucional mais ou menos estável que definem a *potência perlocucionária* do ator na sua enunciação. Pode-se inferir que o lugar mais estável dentro de um espectro de vinculação institucional confere ao ator maior conforto na construção de sua própria imagem (um *ethos*) enquanto enunciador, transferindo à sua enunciação maior dureza, digamos assim, maior solidez. À ideia de ator liga-se a de *ethos*, já que essa noção determina as imagens formadas sócio-historicamente, como noção constitutiva tanto do gênero quanto da voz e na atuação e protagonismo que ora mobilizamos. Estamos tratando de uma *performance discursiva*.

Amossy (2008, pág. 220) conceitua, a partir da noção aristotélica, o *ethos* como a “imagem de si mesmo que o sujeito do discurso constrói em seu discurso para exercer uma influência” sobre o destinatário do discurso. Não se trata, por óbvio, da imagem real do sujeito, ou melhor, não se trata da imagem que o sujeito tem de si mesmo, mas da imagem construída pela enunciação com o fim de causar este ou aquele resultado no destinatário. Não se pode pensar nem mesmo em uma imagem *mostrada*, mas como um efeito do discurso (MAINGUENEAU, 2008, pág. 61), cuja manifestação é lateral, e não se dá em

⁶⁴ Peritos em cálculos e contadores são os exemplos clássicos, mas ainda uma outra série de *experts* fazem parte dos auxiliares técnicos, como médicos, engenheiros, grafólogos etc. As provas técnicas, por serem menos representativas, tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo, atuam como gêneros coadjuvantes.

primeiro plano (MAINGUENEAU, 2008, pág. 57). Nesta noção dividem espaço, como se pode observar, as noções de assujeitamento e de intenção do sujeito do discurso (cf. também Maingueneau, 1997 e 2008)⁶⁵.

O gênero seria, então, um instrumento de interação de que lança mão o ator, explicitando um *ethos* de enunciador, e, assim, de sujeito do discurso. Quando o ator/enunciador interage por meio de um gênero eleito, emergem também as marcas linguísticas e o funcionamento social e discursivo de uma prática. No trânsito de um ator pelas diferentes esferas, vê-se a transição, de igual modo, dos gêneros necessariamente mobilizados, e por consequência, vem à superfície do texto e do discurso um *ethos* diferente, adequado ao novo tipo de interação e manifesto, entre outras coisas, pelo gênero.

O que se observa, é uma cadeia de causalidade: um dado ator, ao atuar vinculado a uma dada esfera e ter, portanto, um centro de legitimidade, age expondo um dado *ethos* discursivo, representando uma dada e específica subjetividade. Para qualquer mudança nesse arranjo, opera-se uma mudança em cadeia, do gênero, do *ethos*, do centro de legitimidade, e de uma subjetividade. O sujeito, por exemplo, que ocupa papéis no DJP (professor) e DJJ (juiz), atuará em cada uma delas a partir de um *ethos* específico, dado pela esfera.

Verificando esse esquema de funcionamento, em que o *ethos* está relacionado diretamente ao gênero mobilizado, ou melhor dizendo, em que o gênero dá visibilidade a um certo *ethos*, vê-se que pensar a cena genérica e a cenografia inclui necessariamente pensar *ethos*, porque o discurso que emerge é prática social. No discurso jurídico, no entanto, é necessário ainda considerar que os gêneros, em geral, exigem como mecanismo de manifestação institucional, um apagamento do enunciador.

O enunciador, em algumas esferas – especialmente na legislativa e na judiciária, sendo nesta última com menos ênfase – sofre um apagamento necessário pelo gênero mobilizado. No caso da lei, por exemplo, em que pese ela seja assinada pelo corpo do legislativo⁶⁶, não é possível observar uma marca mais presente ou contundente de

⁶⁵ Não aprofundaremos a discussão sobre o *ethos*, porque o que mais nos interessa aqui é como a autoridade e a legitimidade atuam no discurso. No fundo, o que entra em *cena* é muito mais a existência da instituição. Para mais sobre o *ethos* e os discursos institucionais ou oficiais e a legitimidade e autorização, ver KRIEG-PLANQUE (2013), especialmente quando discute “acte de langage et institution”.

⁶⁶ Ou mesmo pelo representante do executivo a quem cabe a provação final para publicação e início de vigência.

autoria⁶⁷. Não significa que não exista um *ethos* inscrito. É justamente um *ethos* de apagamento e que se pretende inexistente ou invisível que marca o gênero. Não estar marcado é, já, uma marca.

Quanto ao movimento, propomos essa categoria de análise pensando justamente no modo de funcionamento dos discursos, para, ao fim, observar as confluências e divergências entre os subtipos propostos (DJL, DJJ e DJP). Propomos que, em geral, os discursos se movimentam em dois tipos de sentidos diferentes: horizontal e vertical.

Basicamente, a pergunta que nos estimula para esse modelo de caracterização é: qual é o limite que permite afirmar que um enunciado pertence ao grupo de enunciados do discurso jurídico? E então o desdobramento imediato é: qual é o limite que permite afirmar que um enunciado pertence ao grupo de enunciados de uma esfera específica do discurso jurídico, como o discurso jurídico legislativo, ou pedagógico, por exemplo?

A inquietação que motiva essa classificação como modo de investigação, é da natureza dos enunciados mais à margem do centro, os que sejam mais dificilmente classificáveis, para verificação de como seria possível classificá-los, e como isso se daria. Como, por exemplo, um enunciado *entra* no discurso jurídico como um todo. Qual é o *movimento* possível para essa entrada. E ainda, como um enunciado sai. Nesse sentido, o movimento horizontal é o mais rico e interessante de ser observado.

Por movimento horizontal entendemos aquele que se dá no limite do campo do Direito, com um fluxo do tipo *para dentro* e *para fora*. Quando, por exemplo, uma pessoa procura um advogado e faz sua narrativa para apresentar as razões de seu direito ao profissional, esses enunciados, passando pela caneta do advogado, *entram* no universo do mundo jurídico, passando a compor um enunciado do discurso jurídico. Da mesma maneira, ou, pelo mesmo movimento horizontal, quando uma sentença judicial passa a fazer coisas no mundo, o enunciado *sai* do universo do discurso jurídico e passa a compor outros discursos.

Por fluxo de sentido vertical queremos dizer que seu trânsito é eminentemente interno ao próprio sistema do discurso jurídico como um todo, num fluxo *para cima* e *para baixo*. O discurso jurídico legislativo transita entre os discursos judiciais e pedagógicos, mantendo sempre a característica identificável de DJL. A lei é sempre a lei, dentro ou fora do sistema. A lei será, em qualquer lugar de circulação reconhecida como tal e com todo o

⁶⁷ Passaremos ao largo das discussões sobre autoria.

seu poder regulador (independentemente de sua eficácia, justiça ou validade). Todo aquele que se encontra sob o manto da vigência da lei (subtipo específico de um dado discurso jurídico) está implicado por ela, ainda que não o conheça, não tenha participado de qualquer parte do processo enunciativo, e ainda, em certos casos, mesmo que não reconheça a sua validade. Isso significa dizer que mesmo involuntariamente ou à sua própria revelia o sujeito participa da prática discursiva? Pelos movimentos horizontais, a resposta seria sim.

Uma hipótese é que o movimento do tipo horizontal preserve as características de um tipo de autoridade prescritiva, como dado político, num *dever ser* prático e empírico, ao passo que o movimento do tipo vertical carregue consigo uma espécie de transcendência mágica, da *vontade da lei*, do *espírito da lei*, da *vontade do legislador*.

Numa observação inicial, a hipótese é que os discursos jurídicos judiciais têm predominantemente o fluxo de movimento horizontal, ao passo que o discurso jurídico legislativo e pedagógico têm um fluxo de sentido vertical.

Discutiremos mais detidamente, em cada uma das esferas propostas, como os movimentos horizontais e verticais afetam o funcionamento dos discursos individualmente e postos em relação.

Propomos então uma divisão, para fins de análise, conforme vemos no quadro abaixo:

FIGURA 2 – TABELA RESUMO DAS CATEGORIAS DE ANÁLISE

ESFERA	LEGISLATIVO	JUDICIÁRIO	PEDAGÓGICO
Como a esfera se apresenta	Poder constituinte Poder legislativo municipal, estadual e federal	Poder Judiciário (estadual e federal)	Doutrinária Acadêmica
Fonte legitimadora	A CF/88	O Poder Judiciário	O Saber
Cena Genérica			
Gênero Centrais	Normas (leis, decretos, medidas provisórias, etc)	Petição Jurisprudência Sentença, acórdão	Livro, manual, tese, dissertação,
Gêneros Periféricos	Atas, assembleias, discussões, memorandos, cartas, convites	Despacho de andamento, funções meramente burocráticas	Artigo, provas, comentário, estudo de caso, relatórios de desempenho
Ator (Para cada gênero um ator que desenvolve um papel)	Políticos, militantes, assessores, experts, servidores públicos	Advogado, juiz, servidor, desembargador, perito	Professor, aluno, doutrinador
Movimento	Interno e externo ao campo Majoritariamente interno / vertical	Interno e externo ao campo Horizontal e vertical	Dentro do campo Interno / vertical

FONTE: A autora (2017)

4.

DISCURSO LEGISLATIVO – UM (IN)CERTO PROCESSO

*“Agora eu era o rei
Era o bedel e era também juiz
E pela minha lei
A gente era obrigado a ser feliz”.*
(SIVUCA e CHICO BUARQUE em João e Maria)

Chamamos de discurso jurídico-legislativo todo aquele que seja proferido no seio da instituição legislativa. Do ponto de vista da topografia, desde as câmaras municipais até uma reunião do legislativo constituinte. A produção discursiva de que tratamos, inclui como centro valorativo a produção de normas/leis (lei, decreto, medida provisória, ato normativo etc.), e perifericamente, demais atos jurídico-legislativos, como aqueles produzidos em comissões que discutem ao longo do processo legislativo, atas de sessão legislativa, discursos dos legisladores, debates públicos. Todo o discurso que esteja sob o guarda-chuva institucional do poder legislativo será chamado de discurso jurídico-legislativo (DJL).

Trataremos, pois, do discurso normativo prioritariamente – já que para nós é a parte do DJL cuja dinâmica de poder é preponderante e posta em superfície – buscando descrever e analisar o funcionamento interno, bem como o trânsito desse discurso para as outras esferas, mas sem ignorar a existência de um discurso paralelo de natureza administrativa e pessoal (por exemplo, nas ordens de compra de material de escritório, nas dispensas para férias dos funcionários, nas interações informais entre os funcionários, e, mais modernamente, temos tido acesso também às conversas telefônicas – outrora privadas – para compor eventual *corpus* do discurso jurídico legislativo).

O caráter normativo, central no DJL, possui características específicas, mobilizadas pelo gênero, por exemplo. O discurso legislativo, tipicamente se origina de uma disputa discursiva fora do discurso jurídico. O que se dá é que o discurso legislativo acolhe um (ou mais) dos discursos em disputa – ou ainda, inova extraindo deles um diálogo possível para elaboração de uma síntese – para então, a partir dessa circulação externa ao discurso jurídico, fazer surgir na ordem do discurso jurídico uma voz a essa demanda.

Esse é um movimento discursivo interessante. Como um discurso sem dotação jurídica passa integrar o universo do discurso jurídico? Em primeiro lugar remetemo-nos à discussão sobre *como se inaugura* (se é que podemos falar assim...) o discurso jurídico. Para contribuir, entendemos que há discursos, digamos, pré-jurídicos com vocação jurídica, ou seja, que podem facilmente ser integrados na ordem jurídica, mas há aqueles cuja vocação não é de natureza juridicizante. O discurso do amor romântico, por exemplo, parece não ter vocação juridicizante, contudo, o instituto do casamento civil sim – seja ele motivado pelo amor romântico ou por interesses meramente patrimoniais, e tais e que tais molas propulsoras não são do interesse do Direito em geral⁶⁸. O discurso literário parece não ter vocação juridicizante, ao passo que o discurso religioso, pode não ter vocação juridicizante, embora comungue de várias características de parte dele – o caráter dogmático e normativo, por exemplo.

O prestígio – econômico, cultural, social, político... – da classe por onde circulam os discursos, digamos, pré-jurídicos e com vocação juridicizante é, certamente, um elemento a ser considerado para a inclusão desse no universo do discurso jurídico, entrando pela via do discurso legislativo. Isso porque o vetor preponderante é o poder em jogo. Poder de influenciar a esfera do legislativo para pautar as questões dessas classes dominantes.

A relevância social do discurso (seja pelo imperativo econômico, intelectual, político) vai abrir as portas do universo jurídico para que ele entre, tornando-o motivador de um acontecimento discursivo legislativo. Significa dizer, *contrario sensu*, que todo o universo do discurso legislativo é capaz de demonstrar como essa sociedade em que ele se insere está constituída, do ponto de vista ideológico. A formação discursiva restringe ou autoriza as enunciações.

Interessante também a discussão acerca dos destinatários das normas jurídicas – pensando aqui como sendo esse o produto principal da produção do discurso legislativo. Sobre isso, Bobbio (2015, pág. 100) apresenta algumas das discussões: Saint Romano para quem a norma não tem destinatário; já Jhering afirma que os destinatários da norma são “(...) os órgãos judiciários encarregados de exercer o poder coativo”, e Allorio, no mesmo

⁶⁸ A título de curiosidade, no entanto, vê-se no Brasil que a regra geral da eleição do regime de casamento (comunhão parcial ou total e separação) é de livre escolha dos nubentes, salvo, por exemplo, para os maiores de 60 anos, quando a separação de bens é regime obrigatório, visando proteger eventual herança dos herdeiros.

sentido de que “não há lugar para nenhuma norma que não seja destinada a órgãos do Estado”. Kelsen⁶⁹, a seu turno, subdivide as espécies de normas, havendo um tipo denominado normas primárias coativas ou sancionadoras, dirigidas ao Estado, e as normas secundárias, destinadas aos cidadãos. Para Bobbio, há tanto normas cujo destinatário é o cidadão quanto o Estado.

Nesse debate, pertinente a avaliação de Bourdieu (2003, pág. 4) para quem a violência simbólica consiste em fazer aparecer como fundamentadas em uma autoridade transcendente, situada para além dos interesses e das preocupações de quem as formula, umas proposições, umas normas, que dependem em parte da posição ocupada em um campo jurídico por quem as enuncia, e continua:

El análisis de la violencia simbólica permite dar cuenta del efecto propio del derecho: el efecto de autolegitimación por universalización o, mejor, por deshistorización. Sin embargo, para conseguir este efecto de legitimación hay que pagar un precio, y los juristas son de algún modo las primeras víctimas de su propia creación jurídica. Tal es el sentido de la *illusio*: sólo hacen creer porque ellos mismos creen. Si contribuyen a la influencia del derecho es porque ellos mismos han caído en la trampa, en particular al final de todo el trabajo de adquisición de la creencia específica en el valor de la cultura jurídica, trabajo que es extraordinariamente importante para comprender el efecto que va a ejercer el derecho no solamente sobre los justiciables sino también sobre quienes ejercen este efecto. (BOURDIEU, 2013, pág. 4)

O que nos parece evidente é que menos importa o destinatário da norma do que a crença específica no valor da cultura jurídica, construída no campo, que atua não apenas sobre o jurisdicionado, mas também nos atores de cada esfera.

4. I - ESFERA

Como já dissemos, por essa proposta, o discurso jurídico legislativo apresenta uma esfera específica, dentro do campo do Direito, cujo funcionamento passaremos a descrever e analisar.

⁶⁹ Mais tarde, Kelsen revê seu posicionamento para alterar a norma primária para aquele que evita a coação, e secundária, a destinada ao Estado.

Esse espaço simbólico orbita a partir de um centro de legitimidade próprio – veremos na próxima seção – e se constitui materialmente a partir da existência de: 1) um poder constituinte; 2) poderes legislativos municipais, estaduais e federal.

No caso do DJL brasileiro que analisamos, temos um ato fundador da esfera com a convocação de uma assembleia constituinte. A partir desse ato (ou conjunto de atos), passa-se a conferir existência concreta à esfera. Inauguram-se as primeiras discussões legislativas sobre a elaboração da Constituição Federal, que passa a ser o marco de partida para uma nova ordem jurídica, que ditará as regras (pela lei maior) de funcionamento dos próprios processos legislativos.

No Brasil, os trabalhos se iniciaram em fevereiro de 1987, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, no primeiro governo civil desde o golpe militar de 1964. Os membros do Congresso, eleitos no pleito de 1986, acumularam as funções para as quais foram eleitos acrescidas daquelas decorrentes da elaboração da CF. Os trabalhos foram concluídos em setembro de 1988, com a votação e aprovação da Constituição ainda hoje em vigência, mesmo que formalmente.

A organização proposta naquele documento, então, passou a regular o funcionamento formal da esfera legislativa, agora sob a égide de uma fonte de legitimação *popular*. Encontramos no texto da CF/88 nove incidências da palavra “povo”, treze para “popular” e dezoito para termos ligados à democracia.

A CF/88 organiza a própria estrutura de Estado e os processos legislativos; distribui poderes (e os limita) entre os entes da União, estados membros, municípios e distrito federal, e dispõe, inclusive, sobre assuntos que não poderão mais ser objeto de negociação – mesmo que pela via da demanda popular. Com as chamadas cláusulas pétreas⁷⁰, então, limita-se também o *poder popular* daquela que fora batizada como Constituição Cidadã.

A noção de “justo” e “justiça” como um valor filosófico, no entanto, ocorre em três oportunidades apenas, em que pese seja eleita como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. As demais 158 menções aos termos “justo ou “justiça” referem-se às instituições de Estado: Justiça Federal, Justiça Militar, Justiça Especializada, Conselho Nacional de Justiça, Tribunal de Justiça etc. Parece, portanto, que esse texto tem uma

⁷⁰ Dispostas na CF/88, Art. 60, §4º vedam qualquer alteração quanto à forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

função muito mais burocrática e organizacional, ou ainda, que para essa sociedade um ideário de Justiça não estaria contemplado como fundante para o Estado: em qualquer dos casos (ou em ambos), vê-se um atravessamento ideológico nos valores que constituem o país.

Observe-se que as duas menções a “Justiça” e “Justiça Social”, salvo a já mencionada, estão vinculadas a matérias de economia e trabalho. Citamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a **justiça sociais**.

A noção de Justiça, então, que rege o Estado (se há) é advinda de valores econômicos, o que, novamente, dá conta do tipo de formação de base que foi eleita pela CF. Essa organização entrega poucas – embora muito importantes – funções aos legislativos estaduais e municipais⁷¹. Os estados membros podem elaborar suas constituições estaduais, que, via de regra, vão reproduzir grande parte do texto da CF/88 e efetivamente discutir o detalhamento dos seus orçamentos. A função precípua dos legislativos estaduais e municipais, então, diz respeito à discussão orçamentária.

Os legislativos municipais, com mais restrição dada pela organização e partilha de poderes, limitam-se a discutir suas leis orgânicas (o equivalente à Constituição do Município) e questões financeiras de gestão. Analisando-se a pauta de 01/06/2015 a 08/12/2015 da Câmara dos Vereadores de Curitiba (pauta disponível para consulta no anexo VII), por exemplo, encontramos doze sessões dedicadas à efetiva deliberação pelo voto de algum projeto de lei, dentre eles, quatro alterações no plano diretor de orçamento, uma alteração da Lei Orgânica do Município, uma sobre o refinanciamento de dívidas de tributos municipais (refic) e uma prestação de contas. As demais votações versavam, por exemplo, sobre a outorga do selo “Empresa amiga da bicicleta” e concessão de cota social para a inscrição da corrida de rua organizada pela Prefeitura Municipal.

⁷¹ Cabe dizer aqui que o corpo legislativo é composto pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e pelos legislativos estaduais e municipais

Pelo que se depreende da pauta, as demais sessões foram destinadas a **analisar** a venda de um terreno, **investigar** os impactos do metrô, **fazer um balanço** do plano diretor, **debater** uso de drogas, **discutir** (...). Encontramos ainda 4 registros de visitas – feitas à casa ou feitas pelos vereadores, além, é claro, das 2 sessões solenes de entrega de título de cidadão honorário e homenagem a uma personalidade. Nesses 6 meses, houve ainda o “Fórum pela valorização do Fisioterapeuta”, e a votação da “Semana Municipal de Acessibilidade e Inclusão”.

A pauta é bastante difusa, como se vê. Muitos dos poucos encontros são destinados aos debates, análises e discussões: **analisar, investigar, debater ou discutir**, no entanto, não constituem em si nada que seja demeritório, pelo contrato. A questão é que, como se vê nas pautas, não há um produto que deva se originar desses trabalhos: não há um parecer emitido, um documento que compile os resultados, ou qualquer outro instrumento que efetivamente torne operacional e eficaz a atividade. Parece, ser, portanto, mera *mise en scene*.

4. II - FONTE LEGITIMADORA

A primeira hipótese que nos ocorreu durante a investigação é que a fonte legitimadora dessa esfera fosse a democracia. Por hipótese, então, pensamos que seria a democracia que legitimaria o tipo de representatividade que temos, e que legitimaria os processos legislativos para conferir algum poder *perlocucionário*, observando-se a vinculação à instituição. Revisando, porém essa hipótese, preferimos afirmar que, no nosso caso, no DJL é a CF/88 que cumpre essa função de modo mais evidente, cabendo à democracia o papel de uma condição de produção para essa discursividade.

Mesmo na CF/88 a ideia de democracia é difusa e pouco clara – parece estar presente numa espécie de contra-discurso ao momento histórico imediatamente anterior, cujo regime não era democrático. A redemocratização informa o conteúdo da CF/88 – dita carta cidadã, justamente porque traz os fundamentos para a nova democracia. A questão que se coloca, no entanto, é que a democracia, efetivamente, não tem o condão de, por si, tornar-se a instância de legitimidade para essa esfera, mas apenas por meio da singularidade do *acontecimento* da CF/88. É, queremos crer, esse documento – essa enunciação – quem garante à esfera outras enunciações possíveis, e veda aquelas que não são possíveis.

A partir desse raciocínio, fica mais evidente que não pode ser a democracia a instância de legitimidade, porque a esse instituto, por mais problemático que seja afirmar o que se segue, deveria, em tese, legitimar outras enunciações ainda que vedadas na esfera e no campo. Ou seja, o poder de legitimação da democracia transborda os limites do campo e da esfera. A democracia, portanto, legitimaria mais do que a esfera e o campo o fazem, de tal maneira que pode ser vista como lugar de legitimidade também da esfera e do campo, mas não apenas. Por essas razões fica inservível como ponto autorizado do funcionamento do campo e da esfera (porque extrapola esses limites).

Já a CF/88, como materialidade discursiva (da democracia?), pode circunscrever melhor esse espaço de legitimidade e será infinitamente retomada pela esfera para que se busque a autorização/vedação para os seus discursos. Portanto, a discursividade decorre necessariamente da CF/88. Além disso, ela orienta e organiza as possibilidades hermenêuticas da esfera (e em tese, do campo).

O Ministro Ayres Brito (2011)⁷², por exemplo, ao proferir voto de relatoria do processo que visava equiparar uniões homoafetivas às heteroafetivas, após fazer referência ao modelo de “interpretação conforme à Constituição” finaliza seu voto nos seguintes termos:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil **interpretação conforme à Constituição** para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRITO, 2011)

É esse o fundamento de validade, portanto: estar **conforme a Constituição**.

Vemos no site do Congresso Nacional, em breve descrição sobre as atribuições das casas⁷³ (Câmara dos Deputados e Senado), 8 referências diretas ao texto constitucional e nenhuma sobre a democracia ou qualquer conceito que possa remeter a isso. O limite de atuação das casas, portanto, se encontra na CF/88 e não em seu fundamento (que seria a democracia). No site da Assembleia Legislativa do estado de São Paulo⁷⁴, igualmente

⁷² Revisitaremos esse voto várias vezes ao longo do trabalho, por isso, seu conteúdo integral segue no anexo XI para consulta. Para todo excerto de jurisprudência citado, contornaremos as questões jurídicas propriamente ditas, focando apenas no recorte exemplificativo que pretendemos.

⁷³ No endereço eletrônico: <http://www.congressonacional.leg.br/portal/congresso/atribuicoes/>.

⁷⁴ No endereço eletrônico: <http://www.al.sp.gov.br/assembleia/atribuicoes/>.

apresentando suas atribuições, vemos 3 referências diretas ao texto da constituição estadual – que é o fundamento de legitimidade do legislativo estadual.

A cada estado cabe elaborar sua Constituição Estadual, a cada município, sua Lei Orgânica (o equivalente à constituição para o município – ocupa o lugar de lei maior na hierarquia das leis municipais). Mas, é claro que a CF/88 é o limite para as constituições estaduais e as leis orgânicas. É vedado ao estado e ao município propor qualquer lei que fuja dos limites dados pela CF/88. E não apenas a esses entes.

Toda e qualquer lei elaborada no Brasil deve estar em consonância e dentro dos limites dados pela CF/88. Dizer que *devem estar* não significa dizer que sempre estejam. É justamente por isso que a própria CF/88 prevê um mecanismo de controle. Além de dizer tudo que pode ou não ser objeto de legislação por cada ente (estados ou municípios), estabelecendo as competências e os procedimentos (quóruns de votação em cada casa, para cada tipo de lei, por exemplo), prevê também a lei maior como se dará o controle de constitucionalidade.

Em que pese caber a essas casas o controle prévio de constitucionalidade – primeira parte do processo legislativo – caso seja aprovada lei que fira qualquer dos limites da CF/88 (e nesse caso pode ser um desajuste formal, material, ou a respeito das bases principiológicas⁷⁵), caberá a discussão da constitucionalidade por meio de ação judicial. O trânsito⁷⁶ à esfera judicial, portanto, se dá para a averiguação da constitucionalidade, mediante o devido trâmite do processo, para, ao fim, ser declarada constitucional ou inconstitucional dada lei. Esse tipo de ação (ação direta de constitucionalidade – ADC; ou ação direta de inconstitucionalidade – ADIn⁷⁷) tem competência exclusiva de processamento, uma espécie de *foro privilegiado*⁷⁸, tramitando no STF.

Essa é, pois, a função precípua do STF: guardar a Constituição⁷⁹. No site do STF, sobre suas funções⁸⁰, vemos: “O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder

⁷⁵ O formal diz respeito à forma, quando por exemplo aprova-se lei sem a observação do quórum adequado; material diz respeito ao limite de matéria, ou seja, não tem competência aquele órgão para legislar sobre o que legislou. Matéria de Direito Penal, por exemplo, é exclusividade do Congresso Nacional. Relativamente à principiologia, ocorre quando princípios gerais da CF/88 são contrariados.

⁷⁶ Remetemos à hipótese de movimento vertical.

⁷⁷ Pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn). Ressalte-se que, nesse caso, não caberá à esfera do legislativo tal *julgamento*, mas ao Judiciário.

⁷⁸ O trâmite será estadual se a Constituição do Estado estiver em pauta.

⁷⁹ Há duas teorias importantes sobre isso. A função das cortes supremas seria 1) guardar a constituição (de Carl Schmitt) e 2) exercer função de Tribunal Constitucional (de Hans Kelsen). Embora no Brasil essas duas funções pareçam se confundir, a CF/88, em seu art. 102, textualmente opte pela teoria schmittiana.

⁸⁰ No endereço eletrônico:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>

Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República”. Como veremos adiante, temos aqui um tipo de movimento que faz o trânsito entre as esferas do DJL e DJJ, embora nessa segunda esfera a sistemática legitimadora seja outra.

4. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS

A partir das definições de gênero que orientam o trabalho, e pela discussão já feita sobre a esfera e a fonte legitimadora, tem-se que o gênero central para o DJL é a lei.

Sendo a CF/88 uma das espécies de lei, é ela que ocupa o papel de gênero central, porque dela irradia parte expressiva (se não toda) do elenco de gêneros possíveis na esfera. Dela parte também o processo de formação e os requisitos de validação e vigência das demais leis. Qualquer lei elaborada em quaisquer das instâncias legislativas deve, obrigatoriamente, ser compatível com a CF/88, em termos de principiologia geral, temática, procedimento legislativo, e qualquer outro elemento. Não significa dizer que todas o são, mas que *devem ser*. Como já mencionado, a CF/88 cria um mecanismo de verificação dessa compatibilidade, por meio das comissões legislativas ao longo do processo. Ou ainda, caso extraordinariamente qualquer lei seja aprovada em desacordo com a Constituição, caberá ao STF declarar a inconstitucionalidade, de tal sorte a excluir a lei do universo jurídico, fazendo-a desaparecer, assim como seus eventuais efeitos.

O art. 59 da CF/88 elenca os gêneros típicos do processo legislativo, que são, portanto, os centrais. Citamos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Em cada caso, um dos gêneros será requisitado, a depender da matéria tratada. O texto final é sempre resultado de um longo processo invisibilizado pela aprovação. Regra geral, as etapas para a elaboração de uma lei, ou *processo legislativo* são: 1) **Iniciativa**: momento pelo qual o ator dotado de poderes específicos pauta uma temática para legislar⁸¹; 2) **Discussão**: primeiramente a proposta passa pela verificação de constitucionalidade pela Comissão de Constituição e Justiça, para que se verifique se aquela temática pode ou não ser objeto de uma lei, e se o ator tem legitimidade para propô-la; num segundo momento, uma comissão temática é formada para verificar a conveniência e oportunidade daquela proposta, e finalmente, quando aprovada nas etapas anteriores, a proposta é submetida à efetiva discussão dentro da casa legislativa; 3) **Deliberação**: em cada caso há um quórum específico para que o projeto seja aprovado. Na esfera federal, com a bicameralidade da nossa sistemática, a aprovação deve se dar na Câmara Federal e no Senado Federal; 4) **Sanção** ou veto: momento final em que o chefe do poder executivo aprova o processo legislativo, assinando ou não a lei; 5) **Promulgação** e Publicação: É o momento final que atesta que o processo legislativo finalizou regularmente, passando a lei a ter vigência após a publicização – que se dá pela publicação nos órgãos oficiais.

Ao longo desse caminho, vários atores são acionados e vários gêneros periféricos são produzidos – pareceres, atas, discussões, discursos, questões de ordem, ofícios, audiências públicas, relatórios, perícias, instruções, portarias; enfim, uma infinidade de gêneros possíveis, e ainda os de natureza meramente funcional como, agendas, avisos, mensagens, memorandos, notas taquigráficas. Toda a documentação oficial deve ser pública, e, em regra, encontra-se disponível nos sites das Casas, ou nos diários oficiais. É claro que a publicização não importa necessariamente em efetiva transparência: a navegação nos sites não é simples, as ferramentas de buscas ineficientes e os resultados pouco claros. Há uma opção clara em tornar o caminho bastante pedregoso para quem deseja acompanhar uma discussão.

Até aqui nos referimos basicamente à lei *lato sensu* quando tratamos do DJL. É mesmo a norma⁸² jurídica, apresentando-se sob o nome de lei, de decreto ou resoluções, a

⁸¹ Remetemos à discussão sobre o movimento horizontal de entrada e *tradução*.

⁸² Passaremos ao largo da discussão teórica sobre norma jurídica, tratando aqui, genericamente, como uma regra de conduta materializada pela lei.

atividade primordial dos legislativos nas mais variadas esferas de atuação, seja municipal, estadual ou federal⁸³.

Além de leis propriamente ditas, nas quais a participação do legislativo é *ativa*, também tem competência (dada por lei) para uma modalidade *passiva*, digamos, em que atuará para acatar ou não a produção legislativa excepcional do chefe de executivo, quando da exarcação de medida provisória pela presidência, podendo converter ou não em texto de lei; ou ainda, quando fornece previamente autorização para o exercício da legislatura pelo chefe do executivo por meio da lei delegada, por exemplo.

As leis não têm uma forma ou conteúdo dados pela Constituição, embora todo o seu processo de geração seja regulado por ela. A depender da matéria sobre o que verse a lei, o processo de geração será mais ou menos complexo, havendo inclusive, temas sobre os quais ao legislador ordinário⁸⁴ é vedada a manifestação: as chamadas de cláusulas pétreas da Constituição garantem (ou garantiriam?) a irrevogabilidade de dados direitos individuais ou coletivos.

Na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná (doravante ALEP), o Regimento Interno (2016)⁸⁵ (documento caríssimo em tempos de golpe) da Casa prevê o modo como deve se apresentar a lei, queremos dizer, a configuração, o *layout* da lei, normalizando detalhes desde a estrutura geral da lei, como dos artigos 3º a 7º abaixo transcrito; ou sobre a organização da lei em artigos, desdobráveis em parágrafos e incisos; da numeração cardinal ou ordinal dos artigos. O gênero é, portanto, rígido em forma e conteúdo, citamos:

Capítulo II

Das Técnicas de Elaboração, Redação e Alteração das Leis

Seção I

Da Estruturação das Leis

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

⁸³ Discutiremos como critério (para determinar se central ou periférico) uma avaliação quantitativa e qualitativa mais pormenorizada quando do debate e apresentação dos gêneros centrais e periféricos do Discurso Jurídico Judicial. Por hora, cumpre esclarecer que no caso do DJL, aparentemente os critérios quantitativo e qualitativo convergem para os mesmos resultados, de tal maneira que não é interessante desenvolver longamente aqui essa discussão, mas apenas fazer a remissão.

⁸⁴ Chama-se ordinário em oposição ao legislador constituinte. É aquele responsável pela legislação ordinária, ou infraconstitucional.

⁸⁵ Cujas vigências se dá pela aprovação da Resolução 1/2005, consolidando o texto objeto de alterações ao longo dos anos, por outras Resoluções.

II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

Art. 4º A epígrafe, grafada em caracteres maiúsculos, propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação.

Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.

Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

(omissis)

Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001. Parágrafo Único. ...

Vetado ...

Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001.

Seção II

Da Articulação e da Redação das Leis

Art. 10 Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

I - a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

III - os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

IV - os incisos serão representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos;

V - o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título; o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte;

VI - os Capítulos, Títulos, Livros e Partes serão grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos, podendo estas

últimas desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial ou ser subdivididas em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

VII - as Subseções e Seções serão identificadas em algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito ou caracteres que as coloquem em realce;

VIII - a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Observa-se no excerto acima a normalização, grosso modo, dos aspectos formais e característicos do gênero como *layout*. Na continuação vemos um típico manual de redação:

Art. 11 As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001.

g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões “anterior”, “seguinte” ou equivalentes;

Alínea incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001.

III - para a obtenção de ordem lógica:

- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens. (Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná).

Vale dizer que uma Resolução é um ato praticado pelas casas legislativas (no município, no estado e no Congresso Nacional), destinada a regular assuntos internos e em regra, seus efeitos são limitados à casa respectiva, não estando sujeito a interferências do Executivo. O que vimos acima, no Regimento Interno da ALEP, publicado como Resolução, dá conta da especificidade dos assuntos tratados, e, formaliza o modo como uma lei deverá ser redigida, isto é, regulamenta o gênero típico produzido nas assembleias legislativas. O gênero típico, que é a lei, então, deverá observar essas regras de forma, de tal maneira que se unifique o modo como se apresenta uma lei. Um dos gêneros periféricos, que é justamente a Resolução, aparece com a mesma configuração textual e a mesma cenografia.

A unicidade de forma do gênero, ou seja, que todas as leis tenham a mesma forma estrutural linguageira, oferece ao leitor uma ancoragem de sentido. Sempre que algum texto se apresentar com essa estrutura minuciosamente descrita pela resolução da ALEP transcrita acima, significa que se trata de uma lei. É claro que essa forma pode dar vez a uma cenografia diversa. É possível ao discurso publicitário, por exemplo, aproveitar o cânone da forma fixa de lei para encenar outro discurso.

Para que seja lei, portanto, não é apenas a forma que o define, mas uma conjunção de outros fatores deve estar presente para que se determine com certeza se se trata de uma lei. Contudo a forma dá um indício primeiro, operando verdadeiro atalho cognitivo.

Há outros gêneros que comportam também o conteúdo normativo-legal, como o decreto e a medida provisória, por exemplo, ambos integrantes do DJL, cujo ator protagonista não é um legislador. Veremos adiante como se dá esse trânsito.

A manifestação discursiva dos gêneros dotados de caráter normativo no DJL possui uma aparência, e essa aparência “se reveste de uma forma exterior canonizada numa estrutura rígida que, sobretudo, pela sua só apresentação sintática, denota poder” (BITTAR, 2008, pág. 186). Seu conteúdo é de natureza prescritiva, dotado, portanto, de exigibilidade da conduta prescrita, e diz que

a sanção acoplada ao texto da norma⁸⁶ explicitamente é também uma lembrança gritante de que atrás da acoplação semântico-sintática de palavras (**meras palavras!**) existe a autoridade que lhe confere eficácia, que lhe garante a aplicabilidade, inclusive com o uso da *vis physica*, da coação material ou da força bruta (...) (BITTAR, 2008, pág. 190, o itálico está no original e o negrito é nosso).

Essa acoplação sancionatória pode estar presente explicitamente, ou ainda, de modo implícito, podendo ainda estar ausente (!)⁸⁷ posto que o discurso jurídico normativo se insere num contexto de cumprimento, que, junto com as demais modalidades discursivas, compõem o todo do discurso jurídico. Ou seja, o discurso normativo depende, e só faz sentido, quando posto no contexto jurídico, já que vinculado diretamente ao cumprimento dado pelo discurso judicial. Seu funcionamento discursivo, portanto, não é autônomo e independente, mas está colado ao funcionamento do discurso judicial⁸⁸.

Tais enunciados normativos, no entanto, não são produzidos aleatoriamente. Não é a mera vontade desmotivada daquele que ocupa a posição de legislador que autoriza a emergência de um discurso legislativo, mas sua emergência decorre de uma opção valorativa que se dá dialeticamente ao longo do processo legislativo. Ou seja, trata-se de contemplar ou deixar de contemplar discursos externos ao discurso jurídico, mas que ocupam lugar de projeção e que agendam as discussões legislativas. Não significa dizer que sempre as intenções e as motivações sejam nobres ou em consonância com um ideário de Justiça, ao contrário, em verdade vê-se um abismal afastamento entre uma coisa e outra.

⁸⁶ Como dissemos, as diferenças entre norma e lei ou teoria da norma, para os fins desse estudo, são irrelevantes, no entanto, para mais, ver Bittar (2008) e Ferraz Junior (2013).

⁸⁷ Bobbio (2015, pág. 146) enfrenta o tema das normas sem sanção: o fato de estas existirem evidenciaria que a sanção não é o caráter distintivo do direito. O autor rejeita mais essa objeção sustentando que não há dúvida de que as normas sem sanção sejam normas jurídicas, porque quando se fala de sanção não se refere a nenhuma norma singular, mas ao fato de que ordenamento como um todo tem caráter sancionador.

⁸⁸ Lembrando que para a classificação clássica proposta por Bittar (2008), o que chamamos de discurso judicial é por ele chamado de discurso decisório. Nossa discordância e nova proposta de divisão se justifica porque entendemos que quanto ao conteúdo, o discurso jurídico legislativo possui também conteúdo decisório, de tal maneira que podem, eventualmente, se confundir em função do conteúdo, mas jamais em função da topografia.

Um discurso outro, pois, que motiva a emergência do discurso legislativo, passando assim a penetrar – ou fazer surgir – uma nova ordem do discurso. É o que dissemos sobre uma temática ou conjunto de enunciados que entram, num movimento horizontal. Citamos:

Dentre inúmeras possibilidades de apresentação de uma resposta a um conflito ou a uma necessidade social, ambos reclamando uma postura normativa e regulamentadora do legislador, uma resposta é escolhida – e esse *decisum* é que dá a essência ao conceito do direito *positivo* (*positum*) –, ocorrendo que, desde então, deixam de existir múltiplas possibilidades de se comporem respostas à problemática fática, restringindo-se o espectro de soluções à decisão tomada pelo legislador. A decisão tomada pelos processos técnicos e políticos admitidos resulta na positivação de uma opção (BITTAR, 2008, pág. 191).

A forma do gênero historicamente amalgamada, em conjunção com seu conteúdo normativo, e estando vinculados a um processo legítimo e válido, dentro de uma instância legítima e válida é que confere a um texto sua dotação legal.

A teoria da norma jurídica proposta por Bobbio (2015, pág. 26), quanto ao conteúdo, discute três faces fundamentais, quais sejam: 1) a de ordem deontológica, que se ocupa da verificação da justiça ou injustiça da norma, verificando a aptidão da norma para realizar os valores históricos que inspiram o ordenamento jurídico; 2) de ordem ontológica, preocupado com a existência da norma dentro de uma sistemática, por um critério de validade; 3) de ordem fenomenológica, que diz respeito à eficácia da norma, observando-se a adesão e aplicabilidade. Diga-se que, ao tratar de teoria da norma, entramos na seara do Discurso Jurídico Pedagógico (DJP).

Para além da forma, a temática tratada nas casas legislativas deve ser compatível com suas competências e atribuições. Como discutimos sobre os atores e suas funções, eventualmente os limites de atuação também não são claros quanto às temáticas tratadas. Pode surgir uma questão relevante sobre a validade e eficácia da norma. Exemplos de excesso no uso das competências e atribuições, ou da produção legislativa sobre temas bizarros não são raros. Muito pela ignorância dos atores sobre os limites de atuação, muito, claro, pela visibilidade que tais situações oferecem aos envolvidos, considerando que as eleições são, basicamente, um concurso de popularidade (vide os candidatos mais votados, em geral sem trajetória política, mas com grande exposição social, como por exemplo,

radialistas, pastores evangélicos muito populares, jogadores de futebol, atores, cantores...)»⁸⁹.

Uma das maneiras, então, de manter um espaço de exposição, ainda que pelo viés do ridículo e do bizarro (aparentemente o eleitorado não têm restrições quanto ao motivo da popularidade⁹⁰), é jogar com os limites de competência da atuação profissional legislativa, para criar polêmicas e virar pauta dos debates.

Em 19 de novembro de 1997, o Prefeito de Bocaiuva do Sul, Paraná, usando das atribuições legislativas que lhe cabem, publicou o Decreto Municipal 82/97 que proibia a venda de camisinhas e pílulas anticoncepcionais no município, tendo em conta o baixo índice de natalidade registrado, o que gerara uma diminuição nos repasses de verbas dos governos estaduais e federais. Com apenas 24 horas de vigência, revogada que fora pelo próprio autor, essa lei é um clássico das produções bizarras⁹¹.

Em artigo publicado no site da Associação dos Magistrados Brasileiros, o desembargador Cardoso (2016) comentando o tema finaliza afirmando: “Enfim, o Barão de Montesquieu, ‘Do Espírito das Leis’, responsável pelo alicerce da república, em confronto com o absolutismo, não entenderia o funcionamento dos poderes no Brasil”. Na verdade, discordamos. Se Montesquieu se prestasse a fazer um retrato de como caminha a nossa república, seria fácil ver que tudo ocorre como o previsto. Se as eleições funcionam mais como um jogo tipo Big Brother Brasil⁹², em que o mais popular leva o prêmio, nada mais

⁸⁹ Conforme dados públicos do TSE, nas eleições de 2014, por exemplo, os candidatos ao cargo de deputado federal com maior número de votos no Brasil foram: Celso Russomano, ex-repórter de um programa de TV popular; Tiririca, cantor e ex-palhaço (se é que isso existe!); Jair Bolsonaro, conhecido personagem da vida pública pela exposição que ganha, continuamente, em decorrência de seus posicionamentos radicais e controversos; Marco Feliciano, pastor evangélico. Em 5º e 7º lugares, herdeiros da popularidade dos seus ascendentes: Bruno Covas e Clarissa Garotinho (neste caso, inclusive, em virtude da ligação do pai, Anthony Garotinho – radialista de carreira -, com os evangélicos).

⁹⁰ As recentes eleições municipais de 2016, seguida pela vitória de Donald Trump nos EUA parecem corroborar essa ideia.

⁹¹ Outro exemplo já clássico é obra do Prefeito de Barra do Garça, Mato Grosso, lei municipal 1840/95, publicada em 5 de setembro de 1955, criando uma reserva de 5 hectares na serra do Roncador para posterior construção de um “discoporto” ou “aero-óvni”. Mais um dos casos anedóticos: da lavra da Câmara Municipal do município de Pouso Alegre, Minas Gerais, temos a lei municipal 3306/97, que após discussões e todo o trâmite legislativo regular⁹¹, decidiu impor multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos anunciantes em outdoors que cometessem erros ortográficos, de regência e concordância. Para banners e faixas a multa é de R\$ 100,00 (cem reais), sem prejuízo da obrigação de corrigir os erros no prazo de 30 (trinta) dias. A ideia fora tão bem-vinda que no litoral paulista, cidade do Guarujá, fora reeditada em 1998.

⁹² Não imaginamos que mereça a nota de esclarecimento, mas: *Reality Show* de franquia americana, exibido no Brasil desde 2002, famoso por reunir moradores numa casa vigiada 24 horas, com câmeras por todos os lados, premiando com 1 milhão de reais o vencedor, eleito pelo voto popular.

natural que ao longo de sua legislatura, seja importante manter os índices de popularidade e aprovação. Sendo assim, umas das técnicas usadas é, sim, o apelo ao bizarro.

Outra técnica seria o diálogo com suas bases, de onde fora efetivamente eleito, para a representação dos interesses desse grupo em matérias em que de fato possa atuar, e, em segundo plano, como representante dos interesses desses grupos a partir também de sua popularidade, participando de discussões, abrindo diálogos, negociando etc. É, sim, o que se esperaria em tese, mas não podemos deixar de observar como as regras do jogo se constroem de tal modo que o resultado não poderia ser diverso.

Bobbio (2015, p. 35) afirma “[...] que o direito corresponda à justiça é uma exigência ou, se preferirmos, um ideal a ser alcançado que ninguém pode desconhecer, mas não é uma realidade de fato”.

Finda a digressão, necessário lembrar que os gêneros textuais centrais, entendemos como centrais o projeto de lei, lei, resolução, decreto⁹³, ou seja, aqueles que tenham como fundamento *ser norma*, serão compostos por proposições prescritivas. Para Bobbio (2015) essa modalidade não está sujeita a um controle de verificação do tipo verdadeiro/falso, mas de válido/inválido e eventualmente justo/injusto. Entendemos, no entanto que um critério de justo/injusto passa ao largo da efetiva prática, e que se é uma ideia que norteia a produção, ela não faz parte necessariamente de um conteúdo aferível enquanto justo/injusto. A questão filosófica que permeia essa discussão é muito mais complexa do que as motivações que vemos permeando a prática legislativa. Nesse caso, sobraria a verificação do tipo válido/inválido, que se dá apenas de um ponto de vista da sistemática formal e, portanto, interna. Válido e inválido, portanto, dentro de um sistema preexistente.

O escopo de uma norma é sempre prescrever algo a respeito dos comportamentos e condutas. É de natureza vinculativa, portanto, todos ficam sujeitos à obrigatoriedade de tal ou qual conduta ativa ou omissiva. As proposições são basicamente em “linguagem prescritiva, pois, essencialmente, ordenam, vetam, permitem ou punem. Daí a razão pela qual a imperatividade é elevada a caráter constitutivo do direito” (Bobbio, 2015, pág. 85). É uma das diferenças básicas dos conselhos e pareceres, que não são vinculativos. Aliás,

⁹³ Em oposição teríamos os periféricos, também produzidos nas casas de leis, sem conteúdo normativo, como moções, atas, cartas, pareceres, consultas, relatórios, manuais etc.

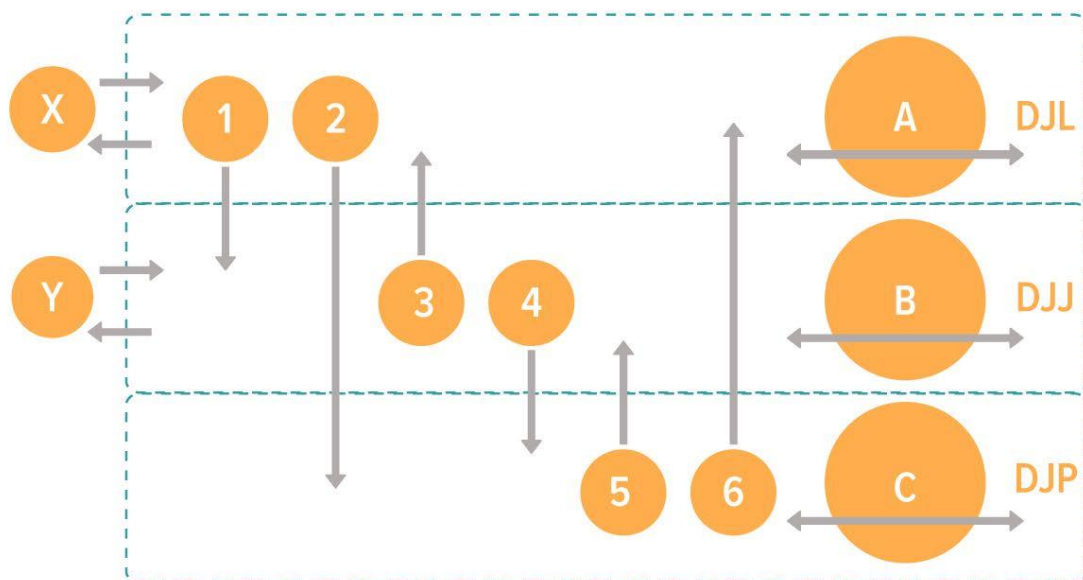
para Bobbio (2015, pág. 87) a norma jurídica é habitualmente formada a partir de três requisitos: a imperatividade, o estatismo e a coatividade⁹⁴.

Nesse sentido, pensamos que são periféricos os gêneros que existem na órbita dos centrais, perdendo importância tanto pela amostragem, quanto pela importância para o funcionamento geral da dinâmica discursiva. Ou seja, existem em menor número e desempenham papéis menos fundamentais e mais figurativos – necessários, porém.

4. IV – MOVIMENTO

Como dissemos, aparentemente o DJL transita no tipo discursivo DJ de modo preponderantemente vertical, o que significa dizer que além de dentro do campo, em diálogo com as esferas. Se o que *funda*⁹⁵ o DJ é a CF, ou a lei *lato sensu*, teríamos um quadro de funcionamento como esse abaixo.

FIGURA 3 – HIPÓTESE DO MOVIMENTO



FONTE: A autora (2017)

LEGENDA: Em 1,2,3,4,5 e 6 vemos o trânsito vertical entre as esferas;
Em A, B e C vemos o trânsito horizontal dos enunciados dentro da própria esfera;

⁹⁴ Cernelutti admite os três elementos, na mesma esteira de Bobbio, contudo, August Thon considera apenas a imperatividade como requisito fundamental, sendo os demais acessórios; e Del Vecchio admite a imperatividade e o estatismo mas afasta a coatividade (cf. BOBBIO, 2015).

⁹⁵ Falamos aqui formalmente – de um novo regime jurídico. Isso porque – reforçamos – o discurso remete sempre a um *já-dito*, e só vem à existência pela polêmica, pressupondo-se uma pré-existência constitutiva.

Em x e y vemos o movimento de entrada e saída dos enunciados, dado especialmente pela dinâmica da tradução.

Os gêneros centrais da esfera do DJL circulam, então, basicamente dentro da sua própria esfera – o que ocorrerá nos dois outros casos, por óbvio -, e dentro campo. Dentro da própria esfera porque a existência de um enunciado vincula a existência de outros – autoriza ou veta que outros enunciados sejam produzidos. Isso é da própria sistemática discursiva e também da sistemática de funcionamento da hermenêutica jurídica. Há, para tanto, uma hierarquia posta no sistema: quanto mais antiga é a lei (enunciação), mais vinculante ela se torna ou quanto mais específica seja para o tratamento de dada matéria. A hierarquia se dá, portanto, de duas formas: 1) a enunciação mais antiga; 2) a enunciação que trate de modo mais específico. Essa circulação dentro da esfera condiciona o aparecimento de outras enunciações.

Assumimos aqui - com todo risco - que esses enunciados, embora sempre remetendo a um já-dito, a uma produção discursiva anterior (um interdiscurso⁹⁶ que é constitutivamente dialógico), tem sua *gênese* dentro do campo. Mas enquanto enunciado possível e real do DJL, é produzido dentro da esfera. Vale dizer que falamos de *campo* no sentido de Bourdieu, mas, como produto dessa afirmação da produção dentro do que chamamos de *esfera*, esbarramos na concepção de *campo de discurso* maingueneana: é no interior de um *campo de discurso* que se constitui um discurso.

Relativamente ao movimento vertical, os enunciados podem transitar para ambas as esferas – tanto para a judicial quanto para a pedagógica. Na judicial, os enunciados passarão a ganhar força perlocucionária, e a partir dessa mediação judicial, passam a fazer coisas no mundo. Antes, contudo, os enunciados possuem pouco poder *fala-ação*. Em verdade, pode-se dizer que não é essa a *função* dos enunciados no DJL. Eles efetivamente não fazem coisas no mundo.

Explicamos: A regra geral é que as leis – gênero central dessa esfera – sejam prescritivas, mas não têm o condão de *dizer* ou *fazer* algo. Vamos a um exemplo: no Brasil o Código Penal criminaliza o homicídio. Desde o início da vigência dessa lei (que remonta a 1945, antes, portanto da CF/88, que nos limita temporalmente neste estudo, mas recepcionado por ela), portanto, matar é crime no Brasil. Não é, contudo, *proibido matar*.

⁹⁶ Assumindo aqui uma noção bastante simplificada de um sistema de relações entre um discurso e outros discursos, pelo qual um discurso se constitui e se mantém (MAINGUENEAU, 2008b, pág. 140)

Essa conduta – matar alguém – será objeto de análise pelo judiciário e poderá ou não ser apenada. Importa aqui, nesse caso, a ideia de que a lei não passa a produzir um estado de coisas diverso na sociedade, não impede uma conduta, não a faz aparecer ou desaparecer. Uma lei não decreta, nem declara, nem age de nenhuma forma no mundo. Instituir um imposto não faz algo no mundo, porque o sujeito pode recusar-se a pagar (sonegar, fraudar, omitir etc.), mas uma sentença condenatória tem força cogente para obrigar o sujeito naquele cumprimento – sob pena, na pior das hipóteses – de *declarar* o sujeito mal pagador, autorizar a sua inclusão em listas desabonadoras, *expropriar* forçosamente seu patrimônio, *bloquear* suas contas bancárias, *leiloar* seus imóveis, e assim segue.

Parece claro que a lei não é capaz desse *fazer*: é proibido dirigir com os faróis apagados nas estradas (há, contudo, muitos que o fazem); é vedado usucapião de terras públicas (há muitas ações judiciais que discutem essa matéria; há muita terra pública efetivamente usucapida). O descumprimento é a contraparte da lei. O descumprimento é mesmo constitutivo da lei. Essa enunciação pressupõe a existência da reação e do contradiscurso que a repele⁹⁷.

Daí que o DJL, por meio dos seus gêneros centrais, tem circulação preferencial para baixo – dirigido ao Poder Judiciário capaz de dar cumprimento. O movimento é ainda mais profundo, verticalmente, até a esfera do DJP, que tratará dos enunciados como avatares, para fazer o movimento seguir. Abaixo transcrevemos trecho da sustentação oral do então advogado Dr. Luis Roberto Barroso, acerca da descriminalização do aborto em caso de fetos anencefálicos. Observemos que o caminho é complexo: Ele parte de uma definição dada por lei – portanto de um enunciado de lei propriamente dito, para dele extrair o conteúdo de definição de morte, e passar a usar o seu contrário *vida*. Faz, portanto a hermenêutica da lei – o que pela via do saber poderíamos atribuir a uma característica do DJP – depois, feito isso, defende essa tese no STF, o que, pela topografia, lugar de fala e demais atributos, transmuta a enunciação em DJJ.

No Direito brasileiro não existe uma definição para o momento do início da vida. Mas existe uma definição para o momento em que ocorre a morte: é quando o cérebro para de funcionar. Está na Lei de Transplante de Órgãos. Morte é a morte encefálica, a morte cerebral.

Segundo fundamento: Interpretação evolutiva do Código Penal
Ainda que se admita que a hipótese seja de aborto, está-se aqui diante de

⁹⁷ Para Bourdieu (1987, pág. 94) não é apenas a norma expressa nem o cálculo racional que operam no processo de adesão à lei, mas há também o componente social que integra a decisão do sujeito.

uma exceção abrigada no sentido e alcance do Código Penal, de modo implícito, mas inequívoco.

O artigo 128 do Código Penal, como se sabe, prevê expressamente duas situações nas quais não se pune o aborto: a) quando necessário para salvar a vida da gestante; e b) se a gravidez resulta de estupro. Em ambas as hipóteses, o feto tem potencialidade de vida, mas admite-se o aborto. No primeiro caso, ponderando-se a vida do feto com a vida da mãe. No segundo, ponderando-se a vida do feto com a violência física e moral sofrida pela gestante. No caso da anencefalia, não há vida potencial do feto fora do útero materno. Logo, a interrupção da gestação nessa hipótese é menos gravosa do que nas exceções previstas no Código Penal. (BARROSO, 2012).

Na condição de exemplo do trânsito do DJ legislativo em sentido vertical, adentrando a esfera do DJ judicial é, em igual medida, um exemplo do DJ pedagógico quando aqui disposto para fins de análise – um metaexemplo. Nos mesmos termos, o exemplo acima é válido para demonstrar o movimento do DJ legislativo ao DJ pedagógico (a discussão doutrinária da lei penal).

4. V - ATORES

Os protagonistas da esfera são, certamente, os legisladores. Pensando na questão da legitimidade da esfera – dada pela CF -, então, os legisladores constitucionais estariam no topo da pirâmide de importância, seguidos pelos infraconstitucionais. Isso também porque o gênero central da esfera é a lei.

Bem lembra Bittar (2008) que

a maior ilusão do legislador é a de que, enunciado formalmente o discurso normativo, proclamando-o para a sociedade (... discussão, sancionamento promulgação, publicação), irá anular a produção de outros textos ou discursos paralelos ao seu. De fato, conjuntamente com a pretensão enunciativa, o discurso normativo surge com uma pretensão de não desconfirmação, de imperatividade, de inegabilidade, de modo que dessa forma se possam controlar as manifestações favoráveis e/ou contrárias à pretensão enunciativa (BITTAR, 2008, pág. 193).

Ou seja, ainda que o discurso legislativo se pretenda imune a contradiscursos, e ainda que ele seja capaz de eleger, entre os discursos em disputa, um vencedor, fazendo-o ascender à ordem do discurso jurídico, a circulação de discursos e contradiscursos é absolutamente incontrolável, escapando, inclusive, do império da lei e da normatividade.

Nesse tipo de discurso, além do protagonismo do legislador, são também atores os militantes, os políticos, os grupos representativos de parcelas da sociedade, qualquer um deles, atuando de modo mais ou menos visível. Há fronteiras muito porosas com o discurso político. Os atores cujo papel é fundamental, mas de atuação discreta, são os servidores que prestam assessoria, os revisores legais, os peritos, os especialistas, os *experts*.

Para Bittar (2008), o legislador como ator do discurso normativo é “uma entidade abstrata a quem se atribui competência semiótica para a edição de normas vinculativas a determinada comunidade legislativa” (BITTAR, 2008, pág. 201). Para esse ente é transferido o poder (também o dever) de defender os interesses daqueles a quem efetivamente representa, claro, em tese. É, portanto, dotado de poder delegado, cujo desempenho passará pelo crivo do delegante. Para o mesmo autor, o legislador é, então, mero *mise en texte* das vontades sociais (do grupo que deve representar), de modo que sua vontade – a *voluntas legislatoris* – não expressa, senão, o conteúdo de uma cadeia interminável de valores, experiências, expectativas, teleologias, reflexos e consequências das ordens econômicas, culturas, sociais, jurídica, política etc.

Nesse sentido, o legislador é ator do discurso legislativo (não o único, mas certamente o protagonista), de maneira que pode desempenhar seu papel de modo mais ou menos visível, dependendo da atividade que exerça, embora funcione como engendrador/enunciador, fonte da enunciação. Nessa perspectiva, assume papel de hiperenunciador, posto que fala em lugar de, por meio da representação (não apenas no sentido cênico, mas também) que exerce.

É assim, como protagonista místico, que o próprio judiciário refere o legislador. Abaixo citamos três ementas de decisões judiciais, disponíveis no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁹⁸, em matéria penal e cível, em que o hiperenunciador é diretamente nominado⁹⁹.

ROUBO MAJORADO POR CONCURSO DE PESSOAS - APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PENA FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM FACE DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO PARCIAL DO RÉU - IMPOSSIBILIDADE - **NORMA LEGAL** QUE PREVIAMENTE ESTIPULOU O APENAMENTO MÍNIMO E MÁXIMO NECESSÁRIO

⁹⁸ A seção para buscas é dada pelo link <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. As buscas foram feitas em consultas às jurisprudências de 2º Grau e Turmas Recursais.

⁹⁹ Mantivemos a forma de préformatação para citação dada pelo *site* do TJPR.

PARA A REPRIMENDA DO CRIME - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL QUE IMPOSSIBILITA O JUIZ DE SUBSTITUIR A **VONTADE DO LEGISLADOR** - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ - PENA READEQUADA - RECURSO PROVIDO (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 839403-2 - Curitiba - Rel.: Tito Campos de Paula - Unânime - - J. 17.05.2012) (grifo nosso)

Neste caso, vemos o legislador como portador de uma vontade que, além de dar o enunciado, por assim dizer (cujo conteúdo seja o apenamento mínimo e máximo para reprimenda de um dado crime), pela própria existência, limita a atuação do juiz na judicatura. É certamente uma estratégia do sujeito enunciator – juiz – para inviabilizar qualquer discussão sobre o apenamento¹⁰⁰. Não se trata de sua decisão, averiguando os fatos trazidos para sua análise, mas de uma mágica que se opera *a priori*, de tal modo que sua atuação se restringe a aplicar dentro do prazo compreendido na *vontade do legislador*.

Destaque-se que embora o juiz, nesse caso, tenha se socorrido do adágio da vontade do legislador, faz referência direta à aplicação da súmula 231¹⁰¹ do STJ, que, cumpre dizer, é um enunciado amalgamado pelo uso, decorrente de decisões recorrentes na corte. Então, a evocação da vontade mística do legislador funciona como mera encenação para legitimar a sua fala, deixando pelo viés do sagrado, intocável e impossível de se discutir.

Situação diferente de uso se dá no *decisum* que colacionamos abaixo, quando a referência à vontade do legislador é feita no sentido de reforçar a aplicabilidade de texto de lei. Ainda assim, chama a atenção para a necessidade desse uso de argumento como definidor da aplicação da lei. Em tese, a aplicação da lei não é facultativa, e em todos os casos deve ser o norte da decisão do juiz, contudo, aqui vemos a aplicação da lei, nos seus termos mais absolutos, em nome da *vontade do legislador*, que autoriza a uma certa discordância do julgador:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - SENTENÇA QUE CONCEDEU DUPLO EFEITO AO RECURSO DE APELAÇÃO - ARGUMENTO DE QUE A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS NÃO POSSUI NATUREZA CAUTELAR - **DISCORDÂNCIA** - PROCEDIMENTO DE NATUREZA CAUTELAR - **VONTADE DO LEGISLADOR** - APLICAÇÃO AO CASO DO ART. 520, IV, DO CPC - RECURSO DE APELAÇÃO QUE DEVE SER RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

¹⁰⁰ Essa observação diz respeito ao comportamento do DJJ. Vê-se nisso o imbricamento das esferas.

¹⁰¹ Reproduzimos o texto da Súmula 231 “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

No caso abaixo, vemos o juiz explicitando qual seria a **vontade** (secreta) do legislador, quando explica o modo de interpretação do texto legal, recorre a um espírito da lei, soberano, justo e razoável, que teria previsto no texto a necessidade de frequentar o colégio militar, como garantia da verificabilidade da aptidão intelectual dos candidatos. O que o juiz faz é justificar, por meio da vontade do legislador, o porquê da necessidade de comprovar a passagem pelo Colégio. Para ele, a vontade do legislador expressa na obrigatoriedade da comprovação de ter frequentado o colégio, quer dizer, comprovação de aptidão. O juiz *traduz* o que textualmente se lê, para uma intenção de verificar aptidão do concorrente. Discutiremos mais a frente, com detalhes, quando do trato do discurso jurídico judicial, o papel de *tradutor* ocupado por juízes e advogados, mas aqui, destacamos o sentido dado para a expressão vontade do legislador. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS MILITARES DO PARANÁ. DESCLASSIFICAÇÃO DA CANDIDATA POR NÃO ATENDER REQUISITO DO ART. 3º, INCISO I, DO DECRETO ESTADUAL Nº 1.753/2003. FREQUÊNCIA NO COLÉGIO DA POLÍCIA MILITAR, NO MÍNIMO, DESDE O 1º ANO DO ENSINO MÉDIO. ALUNA QUE DEIXOU DE FREQUENTAR POR DOIS BIMESTRES E APÓS RETORNOU. REQUISITO PRESENTE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. 1. Ao praticar atos, o agente da administração deve aplicar a lei observando a vontade do legislador, sob pena de ferir os princípios da legalidade e da finalidade. 2. Sendo a intenção do legislador a de garantir a aptidão intelectual dos candidatos, e percebendo-se que esta não foi comprometida, o ato de autoridade que se baseia em interpretação equivocada da norma extrapola os limites da legalidade, e viola também o princípio da finalidade. (TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 634938-6 - Curitiba - Rel.: Edison de Oliveira Macedo Filho - Unânime - - J. 13.07.2010)

¹⁰²Reproduzimos o texto do art. 520 do CPC, vigente à época.

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - homologar a divisão ou a demarcação; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - condenar à prestação de alimentos; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - julgar a liquidação de sentença; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV - decidir o processo cautelar; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - julgar improcedentes os embargos opostos à execução. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela; (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

É o juiz que opera a tradução. É à luz daquilo que o juiz entende como o conteúdo final da vontade – não que o estudante tenha cursado o período todo no colégio militar para que, por exemplo, se garantisse uma formação militarizada, mas apenas para que se verifique a aptidão. Contrário sensu, se o estudante esteve em outra instituição, quer *a vontade do legislador* que sua aptidão não esteja comprovada, embora o texto da lei expressamente diga apenas que é necessário que o candidato tenha cursado colégio militar. Estamos diante de um caso de decisão *contra legem*, que debateremos adiante.

Como acede o juiz à vontade do legislador? Responderíamos que pela via do discurso jurídico pedagógico (DJP), pela via da doutrina – que trataremos adiante. É pelo DJP que se discute quais foram ou quais seriam, em hipótese, as motivações das leis – e dos legisladores. É o debate prévio que, invisibilizado, poderia oferecer a *vontade do legislador*. A produção pedagógica, fonte para o DJJ, e, portanto, para advogados e juízes, é quem faz o trabalho de uma certa *arqueologia*, que pode ou não ser relevante. Após a publicação, ganhando vida autônoma, portanto, as motivações iniciais podem não ser relevantes, cedendo espaço para as interpretações *possíveis* e aplicações *esperadas*.

Maingueneau (2014b), sobre o fazer da lei, afirma que

Quelle que soit la taille de son corpus, la loi est toujours référée à un être mythique, le législateur, toujours qualifié, non sans redondance, de «sage». C'est un hyper-énonciateur, qui ne signe aucun texte, mais les fonde tous. C'est un peu comme dans la Bible : l'esprit de Dieu est l'hyper-énonciateur d'un ensemble de textes produits dans des circonstances très variées, mais portés par une entité transcendante qui garantit l'ensemble du corpus. À cette voix transcendante du législateur sont associées des valeurs, attestées par la nature même du texte, comme la justice, l'universalité, etc. (MAINGUENEAU, 2014b, pág. 46)

É como um hiperenunciador que o legislador aparece, um ente quase místico, cuja enunciação é sempre precisa. A teoria nos diz que não há na lei nenhuma palavra inócua, e toda a manifestação legal é completa e precisa – ou como diz Bourdieu (2007), dotada de um efeito universalizante. Cabe ao intérprete *desvendar* o sentido e o significado em cada caso, para a *correta* aplicação da vontade perfeita do legislador.

Mesmo tipo de referência – o *legislador*, ou *a vontade do legislador* - encontramos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Abaixo transcrevemos 2 decisões, das mais de três mil disponíveis no repertório eletrônico, disponível no *site* do STJ¹⁰³.

AgRg no REsp 1447225 / GO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2014/0078395-4. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Segunda Turma. Julgado em 24/02/2015. Publicado em 07/05/2015. (...) 1. Discute-se nos autos a incidência do ISSQN na atividade de manipulação de fórmulas farmacêuticas. 2. Defende a recorrente que as atividades desempenhadas pelas farmácias de manipulação não se inserem no campo de incidência da referida exação, **por expressa vontade do legislador**, quando da elaboração da Lei Complementar n. 116/2003, que em momento algum mencionou a manipulação de fórmulas no subitem 4.07 da lista anexa de serviço, como hipótese de incidência do tributo municipal. 3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que o fornecimento de medicamentos manipulados, operação mista que agrega mercadoria e serviço, está sujeito a ISSQN e, não, o ICMS, tendo em vista que é atividade equiparada aos "serviços farmacêuticos". 4. (...) Isso porque **essa norma é inspirada** nos princípios da economia processual e da razoável duração do processo e tem por finalidade a celeridade na solução dos litígios. (...)

REsp 1440858 / RS. RECURSO ESPECIAL. 2014/0014841-6 Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). Segunda Turma. Julgado em 25/11/2014. Publicado em 02/12/2014. (...) 1. (...). 4. Desde a vigência da Lei n. 11.276/2006, o arcabouço legislativo pátrio já trazia expresso a proibição de "dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica," inclusive trazendo em seu bojo a penalidade de multa e suspensão de dirigir. 5. (...) A Lei Seca não fez, no preceito normativo em tela, qualquer tipo de alteração, (...) 7. É cediço que **o legislador constituinte originário** - adotando à concepção de validade das normas proposta por Hans Kelsen, na obra "Teoria Pura do Direito" - dispensou qualquer critério hierárquico entre lei ordinária e lei complementar. (...) 9. Esta Corte Superior de Justiça, ao proferir decisões definitivas em matéria infraconstitucional - com vistas a unificação da interpretação da lei federal - **deve, sempre que possível, atrelar a vontade do legislador aos anseios da sociedade**. Assim, na tarefa judicante, a busca pela segurança jurídica, pela proteção máxima do bem comum e pela estabilização das relações sociais deve ser uma constante no exercício de julgar. 10. Nesse diapasão, (...) merece interpretação literal, devendo o recorrente a ela submeter, mesmo tendo sido autuado oito dias após o início de vigência da norma. (...) 12. Recurso especial a que se nega provimento.

¹⁰³ Para pesquisa de jurisprudência por expressão, como no caso “vontade do legislador”, basta a utilização dos operadores de busca disponíveis no site, na seção de jurisprudências. Para essa pesquisa, são 3.037 decisões monocráticas encontradas, ou seja, proferidas por apenas um juiz, não colegiadas portanto; e 41 acórdãos proferidos por um colegiado de ministros, por meio de votação simples.

Nos dois casos vemos expressa referência à **vontade do legislador** para a correta leitura e interpretação do texto de lei. A delimitação e os preenchimentos necessários para a aplicação da lei, portanto, devem mergulhar na inteireza do texto, nas mais profundas camadas de sua formação e não deslizar somente pela superfície. Seria possível, por exemplo, em fazer o trabalho arqueológico para encontrar a **vontade do legislador**, registrada ao longo do processo legislativo, nas emendas, reformas, substitutivos e eventuais audiências públicas etc.

Há, de fato um caminho registrado. Mas para além disso, há o dogma da completude do ordenamento jurídico¹⁰⁴, que dá conta de que todo o aparato legal é uma unidade, completa, coerente, isento de lacunas e antinomias, que o legislador é onisciente e capaz de prever todas as possibilidades de conflitos a serem pacificados. Bobbio (1999), acerca da interpretação a partir da vontade do legislador chama a atenção para essa premissa de completude do sistema:

A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito Romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a **escavar para encontrar o veio escondido** (BOBBIO, 1999).

Mas como vemos no segundo excerto, **ao pretender atrelar a vontade do legislador aos anseios da sociedade**, parece surgir um *deus ex machina* que agrega outro elemento à interpretação – **os anseios da sociedade**. Muito mais do que essa escavação para se encontrar o veio escondido, então, o labor interpretativo serve oferecer uma solução. Tributá-la à vontade (secreta e, por vezes, irrecuperável) da **vontade do legislador**, na verdade, oferece conforto ao interprete para uma (nova) leitura **autorizada e possível**.

O legislador, portanto, dotado dessa **vontade**, embora seja ator de maior importância no discurso jurídico legislativo, é antes de tudo, um ente político (eleito para cargo do legislativo de qualquer instância, seja municipal, estadual ou federal). E por sua

¹⁰⁴ Embora bastante discutido na doutrina, parece não estar superado na prática interpretativa, mas ao contrário, parece se constituir como fundamento da hermenêutica jurídica. A dogmática da unidade, autonomia e completude, dá aso ao que Bourdieu chamaria de retórica da autonomia.

verve política, em regra, assume efetivamente o DJL em situações particulares e a partir de sua própria conveniência.

Observe-se que mesmo candidatando-se para o cargo de enunciador do DJL, os políticos em fase de campanha eleitoral, (meio pelo qual, em regra, são admitidos nas Casas de fazer lei), não assumem ainda essa posição, fazendo do palanque um espaço diverso daquele para o que, em tese, serviria. Não é segredo que as consequências são muito complexas para o campo, especialmente para os aplicadores, que devem trabalhar com a falta de conhecimento técnico-científico¹⁰⁵ do legislador, ou ainda, com os propósitos escusos.

As propostas ao longo da candidatura, eventualmente extrapolam até mesmo os limites da competência de sua atuação, demonstrando que o candidato, sequer conhece a fronteira de atuação da prática para qual se dispõe. Célebre pela bizarrice da situação, o dep. Tiririca (que apenas em 2010, em sua primeira vitória, arrebanhou 1,3 milhões de eleitores no estado de São Paulo) tinha como mote de campanha, dentre outras particularidades, as seguintes “plataformas”:

- "Vote no Tiririca, pior do que tá não fica!"
 - "Oi gente, estou aqui para pedir seu voto porque eu quero ser deputado federal, para ajudar os mais 'necessitados', inclusive a minha família. Portanto meu número é 2222. Se vocês não votarem, eu vou morreeer!"
 - "Oi, eu sou o Tiririca da televisão. Sou candidato a deputado federal. O que é que faz um deputado federal? Na realidade eu não sei, mas depois, eu te conto."
 - "Quando vocês apertarem na urna eleitoral, vai aparecer esse cara aqui, e esse cara aqui sou eu. Ô candidato lindo!"
 - "Você está cansado de quem trambica? Vote no Tiririca"
 - "Para deputado federal, Tiririca. Vote no abestado"
- (MACHADO, Irineu. 2010).

E após entrevistar todos os candidatos a vereador em Curitiba, em 2012, a reportagem da Gazeta do Povo atesta que “a funcionalidade do vereador, que já é obscura para maior parte da população, parece ser igualmente desconhecida ou nebulosa para a maioria dos postulantes”. No rol de propostas ouvidas pela reportagem na ocasião, foram destacadas como, digamos, particulares, as seguintes:

¹⁰⁵ Inclusive não é raro que nos deparemos com a problemática de inadequação lexical no DJL, posto que, o campo se constitui com léxico técnico-científico próprio. Exemplo é o mal usos de termos como *isenção* (art. 195, §7º da CF/88) em lugar de *imunidade*, tecnicamente mais preciso, ou a eterna confusão entre *taxa* e *imposto* – isso apenas para ficar no domínio do Direito Tributário - capaz de gerar um trabalho extra para o intérprete, na via do DJP.

Há vereadores que defendem causas específicas. Uma que não pode ser esquecida é a necessidade de sedação obrigatória nos exames de endoscopia e colonoscopia. Tem outro que trabalhará em prol da liberdade religiosa e um que argumenta ser contra o horário integral nas escolas. Existem alguns concorrentes mais radicais: acabar com as demissões nas empresas privadas, fazer um cadastro das pessoas que costumam sair à noite (e assim coibir o roubo de iPhones) e obrigatoriedade de que cada escola tenha um capelão a postos para qualquer emergência (seja lá qual for) (FABRI, e BUBNIAK, 2016).

Há pouco sobre as competências, os limites ou as funções reais do cargo a que se candidatam. Há, evidentemente o candidato mais preparado, que conhece o ofício e é capaz de articular propostas efetivamente exequíveis e de fundamental importância para a vida do eleitorado. Com isso queremos debater, em primeiro lugar, quando um dado discurso pode ser considerado discurso jurídico legislativo, e tangencialmente, em segundo lugar, o quanto o DJL está ainda envolto em um certo mistério, já que como visto, mesmo os postulantes a essa função não sabem exatamente o que lhes será atribuído como dever ou como limite de atuação. Isso informa sobre o corte ideológico que cerca essa atividade.

Então, não é a mera conjunção da enunciação pelo sujeito autorizado que leva o enunciado a estar inserido no seio do DJL, nem tampouco estar afeito à juridicidade, mas também, para ter validade, deve estar circunscrito no limite de eficácia.

Situação semelhante, mas com um resultado diverso é a promulgação de lei cuja validade é questionável. Não há dúvida que exemplos assim não hão de faltar. Mais à frente, discutiremos alguns casos extremos, para que os contornos fiquem exagerados e, com isso, auxiliem na análise.

Incluir uma temática na ordem legal significa dar a ela um *status* de importância na ordem social, às vezes, mística. Aquilo que antes era indiferente para a juridicidade, passa a ser relevante. Nesse sentido o silêncio é também dotado de rica significação, assim como a revogação de uma dada norma/lei. Vale dizer ainda que, o silêncio da letra da lei, e, portanto, a abstenção do legislador sobre dada temática não implica a inexistência da solução jurídica, ou seja, o discurso jurídico, na sua completude, é capaz, de, por meio do deslocamento, analogia, e por toda a técnica de hermenêutica sistemática oferecer solução, juridicizando o ato/fato. No silêncio do legislador, pode-se convidar o judiciário para a solução. O discurso legislativo, pois, cede espaço ao discurso judicial para que a situação

fática reste jurisdicizada, regulamentada, autorizada etc. E mais: nesse caso, o silêncio é também uma opção, marcada e atravessada ideologicamente.

A figura do legislador como ator e enunciador desse discurso mágico que cria uma situação no mundo jurídico – uma autorização, uma vedação ou um limite nas condutas – é ao mesmo tempo dotado do poder de enunciá-las, quando em dada posição, mas é também destinatário dessa enunciação, posto que se obriga a observar o conteúdo prescritivo também.

Para Bittar (2008, pág. 207), o efeito de sentido do discurso normativo reside na persuasão, visto que o enunciador do discurso impõe seu poder, não deixando de exercer um reforço sedutor/persuasivo para fazê-lo, por meio da utilização de eufemismos do poder jurídico, pelos quais a motivação da letra da lei é a necessidade de controle social, dirimir conflitos, a sustentação de um sistema, pressupondo um consentimento e uma aceitação de parte dos destinatários. Discordamos no particular. O efeito de sentido persuasivo é construído pelo discurso jurídico judicial, mas não pelo legislativo. O legislativo cria o efeito de sentido – e ao criar é também forjado por ele – diverso de uma participação. O efeito de sentido criado pelo DJL é dado e é mágico, a vontade da lei, a vontade do legislador: funciona como um efeito de sentido de autoridade, mas não é por si que se dá a persuasão. Em geral, o sujeito adere à conduta ou omissão prescrita por conta das consequências que pode sofrer, ou ainda, por uma retórica interiorizada que eticamente prescreva condutas individuais. Diz-se mesmo de lei cuja pena é leve, ou insignificante, ou cuja pena é menos desagradável do que a sua não observância que são “leis que não pegam”.

Existe, então, um movimento de adesão que deve se dar por parte do jurisdicionado:

Negar eficácia ao discurso jurídico¹⁰⁶ é negar-lhe reconhecimento de poder. Se o discurso normativo é desprezado, tornando-se mera locução de palavras, mero conjunto de sílabas, signos... então, esse discurso não exerce mais poder, trata-se de um discurso ineficaz, sem capacidade de realizar ações, de imprimir condutas, de conduzir comportamentos (BITTAR, 2008, pág. 210).

¹⁰⁶ Note-se que o autor refere “discurso jurídico” para querer referir-se ao legislativo-normativo.

Para Bittar (2008) a ilegitimidade do discurso normativo, decorrente de imposição, de origem unilateral ou sem o consentimento da comunidade representada, implica na existência de um discurso cujo exercício baseia-se na força. Em tais situações, diz o autor, estaríamos em face de uma situação de fato em que prevalece o dissenso, e completa: “trata-se, verdadeiramente, de um não-discurso, ou de um pseudodiscurso” (BITTAR, 2008, pág. 213). Não é, contudo, o que podemos afirmar sob o prisma da AD. O discurso, ainda que manco de legitimidade, segue sendo um acontecimento cuja natureza discursiva não lhe falta, produzindo, ainda, cadeias de discursos a ele ligados, produzindo coisas no mundo, ou seja, a ineficácia do discurso do ponto de vista jurídico não afeta a existência discursiva e a cadeia de discursos e enunciados que a ele se liga. Mais ainda: numa situação como essas, vemos mais claramente a importância do substrato ideológico – porque algumas leis não pegam? Qual é o sentido social disso? Porque ainda assim elas existem enquanto normas legais? Não pegam para todos igualmente? Porque há silenciamentos? Sob que tipo de questão os silenciamentos pousam?

O discurso jurídico legislativo possui uma característica peculiar nesse sentido, quando, por exemplo, pode ser materializado em uma lei que é do tipo que “não pega”, mas, ainda, no universo jurídico ela segue coexistindo com sua eventual ilegitimidade, e, segue, ao arbítrio dos aplicadores, podendo ser aplicada. Questões como moralidade, impessoalidade ou quaisquer outras *lidades* passam ao largo, por óbvio.

Outra faceta importante se dá em caminho inverso, quando a eficácia não se dá por uma invalidade, mas pela negativa de vigência fática. Por exemplo, a lei da informação (lei 11.527/2011), conquista social fundamental para as bases da nossa (então) democracia, sancionada em 2011 pela Presidenta, eleita e em exercício, Dilma Rousseff, estabelece, em resumo, que a obrigatoriedade de transparência e informação aos órgãos da administração pública direta e indireta e autarquias (demais submetidos à lei), instituindo que qualquer cidadão poderá ter acesso a informações, ainda que sigilosas, relativas à gestão e à atuação do órgão. A aplicação da lei, com vigência dada 180 dias após a publicação justamente para viabilizar a aplicação, tem, até os dias de hoje, pouca adesão dos organismos obrigados por ela. No caderno de economia da Veja.com¹⁰⁷ veiculou-se em agosto de 2015

¹⁰⁷ Matéria não assinada, intitulada “lei de acesso à informação ainda ‘não pegou’ no Brasil”. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/pesquisa-do-ibge-mostra-que-lei-de-acesso-a-informacao-ainda-nao-pegou>, acesso em 03 de junho de 2016. Ressaltamos que essa não é uma fonte de informação que

que apenas 57% dos pedidos de informação albergados pela lei foram atendidos, conforme dados do IBGE. Nesse sentido, não se trata de uma discussão acerca da (pouca) legitimidade da própria lei, mas de desinteresse e inobservância voluntários dos obrigados, já que, a publicização de certas informações, certamente alterariam o rumo das providências tomadas em cada entidade, deixando expostos vícios e mal feitos na gestão do dinheiro público.

Como, então, conceber a ideia de (i)legitimidade num caso como esse, em que a inobservância da lei não toca a qualquer questão de legitimidade? Parece mais dizer respeito exclusivamente ao modo como se dão as práticas gestoras habituadas à proteção do segredo de seus atos. Nesse sentido, a práxis política (ou de uma forma de fazer política) tem interferência direta no funcionamento discursivo do campo.

Talvez nesse ponto a razão esteja com Bittar (2008) quando afirma que:

Para que a norma seja válida é necessário que se insira numa estrutura de poder; para que uma norma seja respeitada mister se faz legitimidade, sustentação, isso porque a legitimidade não se dá pela simples constatação da existência dos discursos, mas sim em função dos meios pelos quais se obtém o discurso (BITTAR, 2008, pág. 209).

Em que pese sua argumentação seja o sentido de que os meios para a obtenção do discurso não podem ser os meios violentos – referindo-se à violência praticada pelo Estado –, sob pena de que a violência invalide sua existência; mas talvez haja razão em sua afirmação, nesse caso da lei de informação, mas no sentido contrário. Ou seja, não no que diz respeito à violência tirana do Estado contra o cidadão, mas ao contrário, quando os cidadãos exigindo mais do que sistemática jurídico legislativa possa dar, mais do que a cultura consolidada aguente, obtenha êxito no seu pleito, no anseio de ver aprovada lei que ofereça acesso à informação da gestão do seu (nosso) dinheiro. Mas nesse sentido, por exigir mais do que a sistemática seja capaz de dar, incorra também numa violência simbólica que inviabilize a concreta aplicação da norma.

Para Bittar (2008) “é no discurso que o poder se manifesta, mas é durante o processo de formação do discurso, desde suas bases, que o poder penetra as entranhas do discurso; daí se pode julgar se o discurso é legítimo ou ilegítimo, de acordo com sua

creditamos valor, e inclusive, a publicação de matéria como essa, em 2015, servia a propósitos ideológicos bastante claros, vinculados à linha editorial da revista, e por isso, importante consignar a ressalva.

aceitação” (BITTAR, 2008, pág. 213), visto que mesmo o discurso normativo formalmente composto, dentro das regras (formais) de formação, pode carecer de aceitação, ainda que pretensamente dotado de juridicidade. É na própria organização social que o lastro se encontra. Do ponto de vista da AD, então, esse lastro que se pode e deve dar para compor a base de legitimação de uma norma é a remissão às condições de produção desse discurso. Para continuarmos na discussão da lei de transparência, poderíamos arriscar dizer que uma parte importante da sociedade lutou para essa conquista, manejando com as armas possíveis nesse embate e saiu vitoriosa na sanção da norma, entretanto, na prática, por estar esvaziado de demais elementos formativos quando da produção desse discurso de demanda, viu-se, após, a pouco aplicabilidade. É uma outra maneira de carecer de legitimidade, mas ela é dada, também, pela ausência do lastro social. Decorre disso que “o discurso normativo é um retículo de valores sociais legislativos, políticos e jurídicos, constitutivo de uma unidade nuclear de significação deontica, dentro de um contexto estrutural maior, o sistema jurídico” (BITTAR, 2008, pág. 218), inserto, por sua vez, num sistema ainda maior, a sociedade, que dá ou não conta de sustentar suas próprias demandas.

O texto normativo, como um discurso jurídico legislativo pois, fora do ambiente intertextual/interdiscursivo que o origina e sustenta, destitui-se de qualquer sentido paralelo ou intrínseco, de tal modo que as suas condições de produção são especialmente constitutivas dos seus sentidos, esticando a noção de sentido possível para a sua realidade concreta. “Se a eficácia das normas jurídicas se relaciona com essa capacidade de gerar efeitos jurídicos e extrajurídicos, a legitimidade se relaciona com o modo de produção do discurso normativo” (BITTAR, 2008, pág. 210).

Nessa esfera, também, verificamos atuações atípicas. Não apenas os legisladores vinculados ao poder legislativo têm atuação no legislar. Os chefes dos executivos (federal ou estaduais), por exemplo, não são legisladores do ponto de vista da divisão dos poderes, mas podem – e o fazem largamente – exercer função legislativa pelo veto ou sanção de uma lei, assim como pela atuação legislativa propriamente dita, por meios específicos atinentes ao seu cargo (como a Medida Provisória, por exemplo). Além disso, esses entes têm trânsito privilegiado para a propositura de projetos de lei.

De acordo com dados apurados pelo jornal ‘O tempo’, em matéria publicada em abril de 2007, o senador Aécio Neves, do PSDB, apresentou apenas em seu primeiro

mandato como governador do estado de Minas Gerais (de 2003 a 2006), 352 proposições, das quais 227 viraram leis, atingindo 64% de sucesso na sua atuação, contra uma média de 20% de sucesso do legislativo estadual, cuja média individual de proposta é de 22 projetos.

5.

DO DISCURSO JURÍDICO JUDICIAL – DO IMPULSO À JURISPRUDÊNCIA

*“Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem
Apenas sei de diversas harmonias bonitas possíveis sem juízo final
Alguma coisa está fora da ordem
Fora da nova ordem mundial...”*
(CAETANO VELOSO em *Fora da Ordem*)

Na teoria, diz-se que o órgão judicante não funciona – e não pode – senão após provocado, após um impulso inicial. Em qualquer circunstância, o impulso é fundamental (seja originado por procuradores – atuando no campo privado ou público, seja originado pelo Ministério Público, ou, mais recentemente pela própria pessoa interessada, como nos casos dos Juizados Especiais¹⁰⁸). Sempre o que se espera é a manifestação do órgão judicante para a solução de um conflito posto sob sua análise. Alguém – a parte, o autor, o requerente – busca que o juiz aprecie dada situação para, em nome da lei, declarar que seu pleito é o vencedor, em detrimento das razões apresentadas pela outra parte – o réu, o requerido. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, individual ou coletivamente, pode ocupar os polos de autor e réu, devendo obrigatoriamente ser representado por um advogado¹⁰⁹, sendo necessário, para isso, apenas que tenha um conflito de interesses afeito ao Direito.

O processo judicial se inaugura com a formação da tríade: autor, réu e juiz. A peça inaugural é a petição inicial, em que o autor expõe ao juízo o seu direito violado. Esse documento é público - salvo em casos de segredo de justiça – e segue requisitos dados pela lei processual¹¹⁰. Os passos seguintes são dados pelo exercício do contraditório¹¹¹: cada

¹⁰⁸ Antigo Tribunal de Pequenas Causas que confere margem, fixada num teto de valor financeiro pleiteado (requerimentos até 40 salários mínimos), em que a pessoa possa atuar diretamente em nome próprio, sem o intermédio de um advogado ou representante.

¹⁰⁹ CF/88, art. 133: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹¹⁰ CPC/2015, art. 319: A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

parte argumentará e produzirá provas que garantam a defesa do seu direito. Em geral os documentos são escritos, com exceção das audiências que possuem, em alguns casos e recentemente, a gravação audiovisual.

De decisões cabem recursos; de erros materiais e formais correções, de manifestações obscuras, esclarecimentos; na dúvida sobre questões técnicas em que são chamados auxiliares técnicos; são ouvidos auxiliares da justiça, Ministério Público, são pagas custas, emolumentos e taxas. O desenrolar de um processo, até a primeira finalização pode durar anos, décadas. Não há limite de tempo até que o juiz esteja convencido sobre a questão a que fora provocado, e as garantias processuais das partes tenham sido observadas. Pelo menos, em tese. Descrevemos aqui um *dever-ser*, em que provas são mais valoradas do que convicções, não ignorando o fato de que, “there are more things in heaven and earth, Horatio, Than are dreamt of in your philosophy” (SHAKESPEARE, [1603] 1992, pág. 34).

A sentença marca o término dessa fase. Cabe ao juiz declarar a quem assiste razão. Os eventuais recursos então são encaminhados à instância superior.

Perelman (1998, pág. 215), a respeito da atividade judicante, afirma que “o juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer”, e convencer, aqui, entendemos que diga respeito à legitimação de sua fala, porque não lhe interessa convencer pelo seu resultado em si, mas para que se acate sua ordem como recomendação justa e equânime, para que o seu proferimento *pareça* fundado na verdade e seja jungido à legitimidade. E que pareça verdadeiro é fundamental

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º - Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º - A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º - A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

¹¹¹ O contraditório alberga justamente a ideia de direito de ação e direito de defesa. É, a seu turno, a exposição de fatos e direitos, dirigidas ao juiz, para subsidiar sua decisão.

para que, dentro mesmo da esfera de sua atuação, tenha reconhecimento da sua decisão, que se lhe confira a exequibilidade.

É evidente que a instituição, como aparelho ideológico do Estado, por si, é legitimadora do discurso jurídico, em especial o discurso judicante. Contudo, se ele se constrói a partir de arbitrariedades, a própria instituição atuará no sentido de desautorizar esta fala, que não está de acordo com as simbologias de poder da instituição. Daí porque, ainda que o discurso seja de antemão legitimado, o sujeito do discurso deve observar as regras de produção do efeito de sentido de verdade, sob pena de, correr o risco de ser deslegitimado pela própria instituição. Então, apesar da legitimação prévia institucional, as regras de não arbitrariedade e construção de um espectro de verdade devem ser observadas, pela manutenção do poder da instituição.

Sob a rubrica da luta ideológica na manutenção do poder estatal pela via da criação discursiva do direito¹¹², encontramos inúmeras manifestações no DJJ, especialmente nas sentenças judiciais, a expressa evocação da instituição judiciária de um modo bastante particular, e não aleatório. Em Bittencourt (2012) vemos, por exemplo, a propósito da sentença condenatória do casal Nardoni, condenado pelo homicídio triplamente qualificado de Isabela Nardoni, filha do réu e enteada da ré: ‘a manutenção de suas custódias cautelares se mostra necessária para a **preservação da credibilidade e da respeitabilidade do Poder Judiciário**’; ‘E o Judiciário não pode ficar alheio ou ausente a esta preocupação, **dês que a ele, em última instância, é que cabe a palavra e a solução**’; ‘merece tratamento severo, não fora o próprio exemplo ao mais da sociedade. Que é também **função social do Judiciário. É a própria credibilidade** da Justiça que se põe à mostra’; ‘preservação da respeitabilidade de atuação jurisdicional’; ‘de forma firme e consciente da **função social das decisões do Poder Judiciário**’.

Em Bittencourt (2012) lemos:

A reprovação do Estado à infringência da lei com o apenamento dos criminosos traz *a palavra e a solução*. Ousamos reelaborar as palavras do julgador para afirmar que *a palavra do Judiciário é, em última instância, solução*. Tudo isto porque o seu *dizer é fazer*, sua *palavra é ato* que *segrega* (lemos na sentença ‘primariedade, bons antecedentes, família constituída, emprego e residência fixa – não impedem a segregação cautelar, se o decreto prisional está devidamente fundamentado (BITTENCOURT, 2012, pág. 113).

¹¹² Para mais, cf. Ihering (2008), discutindo a “Luta pelo Direito”.

E, buscando em recentes julgados no STJ, encontramos as seguintes formulações:

(...) **A sentença penal condenatória não constitui mero "rito de passagem" rumo às instâncias superiores, e por isso mesmo não deve ter seus efeitos amesquinçados pelo próprio magistrado prolator, sob pena de emprestar coro aos reclames sociais que acusam o Poder Judiciário de ser o grande fomentador da maior chaga nacional, qual seja a IMPUNIDADE.** HABEAS CORPUS Nº 378.249 - CE (2016/0295781-8), RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, IMPETRANTE: RAFAEL SOARES MOURA, ADVOGADO: RAFAEL SOARES MOURA - CE024806, IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, PACIENTE: NERTAN SILVA GOMES

Ainda assim, entendo que, no caso, não obstante o quantum de pena aplicado, a significativa quantidade de droga arrecadada **exige uma atuação mais rígida do Poder Judiciário**, eis que há a possibilidade de que o réu esteja fazendo da traficância ilícita o seu meio de sustento. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 877.369 - MG (2016/0076158-2), RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS, AGRAVANTE: CLAUDIO RAMOS JUNIOR, ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais referentes aos motivos, às circunstâncias e às consequências do delito, tendo em vista a ousadia do paciente que, na condição de advogado, **ludibriou o próprio Poder Judiciário**, praticando conduta grave, ao integrar esquema criminoso consistente em ajuizar ações visando à apropriação indevida das indenizações concedidas pelos **magistrados, induzidos em erro** após a utilização de documentos falsos para fraudar o recebimento de valores devidos por instituições financeiras às vítimas. HABEAS CORPUS Nº 368.734 - MS (2016/0223998-9), RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK, IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, PACIENTE: DANIEL HONORIO DE OLIVEIRA.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADOS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DOS CRIMES. **CREDIBILIDADE DO JUDICIÁRIO**. INTRANQUILIDADE SOCIAL. NATUREZA HEDIONDA. PROBABILIDADES E SUPOSIÇÕES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. SIMPLES MENÇÃO INSUFICIENTE PARA A CUSTÓDIA DE UM DOS ACUSADOS. ORDEM CONCEDIDA. - HC

Vê-se na superfície do texto a retroalimentação sistêmica do discurso jurídico judicial, evidenciada pela elaboração da justificação que baseia a condenação de acusados não apenas pela necessária resposta à infringência da lei (que é também modo de manutenção de poder – aquele que não observa a lei é punido), mas pela manutenção da ‘credibilidade da Justiça’. Um sentido possível para essa expressa importância da sua existência – e não apenas, mas por sua credibilidade como instituição – é a de que a instituição do judiciário fosse um fim em si mesma, e não um ideal de Justiça ou um instrumental a serviço da sociedade. O sujeito do discurso flutua na sua posição institucional, falando como porta voz institucional, respondendo pelo Poder Judiciário, braço do Estado que detém o monopólio da punição – ao proteger sua legitimidade e dar uma decisão que não visa apenas o escopo ordinário, mas tem um papel mais relevante, mais nobre, qual seja o zelo pela respeitabilidade da instituição.

E justamente a força da lei – sua legitimidade – que punirá o sujeito transgressor, por meio do órgão judicante (e daqueles de execução da pena, claro). Mas é lei que o criminoso não reconhece e não adere – posto que a infringe. Não reconhece nela – ainda que momentaneamente – limite em sua conduta, de tal sorte que age *apesar da lei*. E a infringência à lei, mais do que uma agressão à vítima direta do crime é um atentado contra a própria existência do Estado. É um não reconhecimento de sua existência, e nesse sentido a punição ao criminoso não tem o condão de *vingar* o ofendido direto (vítima do furto, ou a família da criança assassinada), eis que o verdadeiro ofendido pela existência da conduta criminosa é a existência do Estado, sua manutenção como poder singular.

Para a manutenção do Estado é fundamental que este goze do monopólio da violência (ainda que simbólica, quando declara *culpado*, por exemplo, mas sem a segregação social), e a conduta criminosa é uma disputa do criminoso com o Estado no monopólio da violência. Frente a esse estado de coisas, chamar a instituição à superfície do discurso nominando-a expressamente cria o efeito de sentido de que para além do caso concreto, para além da situação fática posta em exame, as forças de Estado devem estar descoladas das casuísticas, como se as decisões fossem igualitárias, como se cada situação posta a exame seja vista sob o viés da instituição. Não se trata de efetivamente punir um

criminoso por ter causado um dano a um particular, mas a seta causal está em outro sentido, trata-se de punir aquele que representa uma ameaça ao próprio poder do Estado, dentre eles o poder de punir. É o punir como garantidor do exercício do poder de punir.

O seguinte excerto citado da sentença condenatória dos Nardoni (FOSSEN, Mauricio, 2010) corrobora estas nossas anotações:

A prevenção ao crime exige que **a comunidade respeite a lei e a Justiça**, delitos havendo, tal como o imputado aos pacientes, cuja gravidade concreta gera abalo tão profundo naquele sentimento, que para o restabelecimento da confiança no **império da lei e da Justiça** exige uma imediata reação. A falta dela mina essa confiança e serve de estímulo à prática de novas infrações, não sendo razoável, por isso, que acusados por crimes brutais permaneçam livre, sujeitos a uma consequência remota e incerta, como se nada tivessem feito (FOSSEN, 2010).

A sentença, gênero mobilizado exclusivamente no DJJ com sua função típica¹¹³, então, também tem o condão modelar, de exemplo para os demais jurisdicionados. É uma demonstração do poder, e aos cidadãos cabe a observância da lei como demonstração de observância ao poder. Ihering (2008, p. 34) tratando da luta do direito assevera que “a manutenção da ordem jurídica, da parte do Estado, não é senão uma luta contínua contra as transgressões da lei”.

E além de remeter a si mesmo, numa espécie de metadiscurso de existência, o discurso jurídico tem como fonte seus próprios proferimentos: a jurisprudência. As próprias decisões emanadas pelo judiciário são fontes de direito e servirão para fundamentar outras decisões, que por sua vez servirão para fundamentar outras, garantindo a existência viva desse discurso, que se remete sempre a si mesmo¹¹⁴. E após a publicação em diário oficial, uma mesma decisão, recheada de citações de outras decisões, entra no repositório de decisões, constituindo jurisprudência de que outros juízes poderão lançar mão para fundamentar suas decisões, outros advogados para constituir um tipo de argumento pelo exemplo, ou ainda, transitar a outra esfera, a pedagógica, para que se

¹¹³ Pode, claro, ser emulado, trabalhado, elaborado, na esfera pedagógica, mas sempre e necessariamente com função diversa.

¹¹⁴ Vide a prática dos Tribunais Superiores de sumular decisões, transformando-as em enunciados que devem ser seguidos por todo o sistema. Ou ainda, a recente sistemática processual das súmulas vinculantes, que funcionam mesmo como lei, e não como jurisprudência, porque vinculam os juízes, *obrigando-os* a adotá-las. Não nos estenderemos sobre o assunto, sendo suficiente dizer que admitimos uma característica híbrida, pela função que assume, diversa da esfera.

demonstre a aplicação de dada lei, as interpretações possíveis, as correntes majoritárias, e assim, num ciclo que jamais se encerra.

Abaixo citamos decisão judicial em que a ideia geral de dignidade da justiça é evocada pelo advogado, conforme elencado pelo julgador para relatar a demanda, como fundamento do seu pedido, funcionando como argumento para justificar seu pleito:

A instituição financeira inconformada recorre às f. 04/16 -TJ, aduzindo que: (a) estando configurada a mora solvendi o devedor não pode socorrer-se do remédio da consignatória; (b) estando ausente a verossimilhança nas alegações do agravado, não se pode considerar como descaracterizada a mora, a ponto de justificar a antecipação da tutela pretendida; (c) uma vez caracterizada a mora contratual, como ocorre no caso dos autos, descabe a manutenção na posse do bem; (d) estando caracterizada a mora, a inscrição/manutenção do nome devedor nos órgãos de proteção ao crédito está correta; (e) segundo **entendimento pacífico da jurisprudência**, quando não paga no vencimento a prestação, já está em mora; (f) o agravado está em mora desde 29.02.2013; (g) o depósito ofertado não é capaz de descaracterizar a mora contratual, por falta de verossimilhança das alegações o que impede a concessão da tutela pleiteada pelo agravado; (h) não existe depósito em juízo, no valor incontroverso, sendo que no momento existem duas parcelas em aberto; (i) a r. **decisão afeta o respeito e credibilidade do judiciário**; (j) os prejuízos advindos do não cumprimento da liminar de busca e apreensão são inúmeros; (l) não se pode permitir que as instituições financeiras continuem concedendo créditos aos devedores inadimplentes sem que as devidas informações sobre o perfil desses clientes. Processo: 1051508-1, Relator: Renato Lopes de Paiva, 17ª Câmara Cível, Comarca: Barracão, Julgado em 02/12/2013, publicado em DJ 1242 de 06/12/2013.

Vê-se, com isso, que, para além do círculo dos magistrados – pela via da judicatura -, essa metodologia paira sobre todo o funcionamento do DJJ, passando a ser argumento do advogado em sua defesa.

Verifica-se, ainda, pela busca jurisprudencial disponível nos sites dos tribunais superiores que palavras como “justiça” e “justo”, aparecem apenas como referência interna ao próprio sistema, e nunca como uma referência a um ideário filosófico de justiça. Justiça está sempre associada à própria instituição, disponibilizando ocorrências como: Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Comum, Justiça Estadual; ou, referindo a si como órgão judicante, como: “essa justiça especializada”, “**o bom funcionamento da justiça**”, “**respeitabilidade da justiça**”, **credibilidade** da justiça”. Outra entrada com menos ocorrências é a que remete ao sentido dado pelo funcionamento discursivo na esfera:

“justiça social”, por exemplo. Em todas essas referências, não está em jogo um ideário de Justiça, com qualquer apelo filosófico ou alheio ao campo:

[decido assim] para a **preservação da credibilidade e da respeitabilidade do Poder Judiciário** (linhas 200/1).

(...)

Nessa mesma linha de raciocínio também se apresentou o voto do não menos brilhante Desembargador revisor, Dr. Luís Soares de Mello que, de forma firme e consciente da **função social das decisões do Poder Judiciário**, assim deixou consignado (linhas 235/8, grifos nossos) (FOSSEN, 2010).

Em escândalo havido no STJ em 22 de abril de 2009¹¹⁵, os então Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes protagonizaram bate-boca homérico, muito repercutido na comunidade jurídica e também na imprensa, em que o Ministro Joaquim Barbosa afirma: “Vossa Excelência está na mídia, destruindo a credibilidade do judiciário brasileiro”.

De igual forma, vemos a entrada de “justo”, geralmente designando o sentido dado pelo campo ou esfera, como em: “justo título”, “justa posse”, “justo preço”. Nesses casos citados, as expressões designam mais conceitos dados no interior do campo e com validade ali, do que discussões de outra natureza – o “justo título¹¹⁶”, não é aquele que tenha qualidades de Justiça, mas, ao contrário (inclusive!) um documento formalmente inválido.

A CF/88, por outro lado, não traz nenhum registro da palavra ‘justo’, mas repetindo a fórmula traz 123 menções a “justiça”, sendo que em apenas duas entradas o conteúdo tem uma remissão a um ideário e não à instituição:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

¹¹⁵Vídeo do episódio - em que, diga-se o Ministro Joaquim Barbosa diz ao colega de toga que ele “não está falando com seus capangas do Mato Grosso” -, disponível no endereço eletrônico <https://www.youtube.com/watch?v=ioWehAoxoa0>

¹¹⁶ O conceito, dado por Rosenthal (2014) é assim dado: “Justo título é o instrumento que conduz um possuidor a iludir-se por acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário. Trata-se de um título que, em tese, apresenta-se como instrumento formalmente idôneo a transferir a propriedade, malgrado apresente algum defeito que impeça a sua aquisição. Em outras palavras, é o ato translativo inapto a transferir a propriedade por padecer de um vício de natureza formal ou substancial”.

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Em que pese seja a justiça como ideário, mencionada já no preâmbulo da CF/88, vemos que no corpo do texto tal valor não é novamente mencionado. Assim também acontece na maioria esmagadora dos textos legais infraconstitucionais. Talvez por isso, como reflexo, as decisões judiciais também não se ocupam de trazer à superfície do discurso esse elemento.

A exceção que confirma a regra advém dos debates orais dos ministros do STF, que fazendo da corte verdadeiro espaço de batalhas, eventualmente se exasperam e se perdem entre muitos vossas excelências e eminências, dando espaço para cenas pouco menos formais, como em mais um episódio envolvendo o então ministro presidente da corte Joaquim Barbosa, em agosto de 2013, em discussão com o Ministro Ricardo Lewandowski, em que este, após ter sido instado pelo ministro presidente a agilizar dada avaliação e desejando reavaliar seu posicionamento afirmou: “Eu estou aqui para fazer Justiça” e continua “estamos com pressa do quê? Nós queremos fazer Justiça”, tendo sido interrompido pelo ministro presidente que respondia à pergunta “de fazer nosso trabalho”.

No art. 125 da CF/88, por exemplo, vemos a menção à Justiça enquanto instituição de Estado:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Essa é a entrada recorrente: menção à justiça como instituição jurisdicional: Justiça do Trabalho, Justiça Estadual, Justiça Comum, Justiça Federal, Conselho Nacional de Justiça etc.

Abaixo vemos na transcrição um outro sentido, que remete ao funcionamento interno da esfera, ou seja, remete à uma noção ou conceito forjado no seio do discurso jurídico pedagógico, que, num movimento vertical, passou a circular também no DJJ, qual

seja aquele que dá a ideia de “bom”, como ocorre também¹¹⁷ com “justo título”, “preço justo”, como vemos na transcrição abaixo:

CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor; (...)

5. I - ESFERA

Quando uma decisão judicial passa a ser fonte também do direito – com a etiqueta de jurisprudência, vemos um movimento interessante no funcionamento da esfera. A estratégia de que decisões emitidas dentro do sistema sejam parte do repositório discursivo que passa automaticamente a fazer parte dos ditos possíveis, é uma estratégia na garantia da manutenção do poder, disso não pode restar dúvida. É um dado, também, da circularidade do funcionamento discursivo nessa esfera. E, simultaneamente a realimentar o *corpus* disponível de decisões possíveis, passa também a mover-se para fora da esfera, repercutindo no campo pedagógico, num movimento vertical de trânsito entre as esferas. Além disso, num movimento horizontalizado, passando a repercutir na prática dos advogados (prévia, portanto) e também quanto aos demais julgadores, inclusive de instâncias superiores (posterior, portanto).

Citamos aqui, para ilustrar, situações em que a lei (todos artigos do CPC/2015) confere o *status* de fonte de direito às decisões judiciais anteriores (jurisprudência) e a obrigatoriedade de observação dessas decisões:

CPC/2015: Art. 521 - A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

¹¹⁷ O mesmo vemos em CF/88, art. 193: Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

omissis

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em **consonância com súmula da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou **em conformidade com acórdão** proferido no julgamento de casos repetitivos.

(...)

Art. 926 - Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º - Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de **súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante**.

§ 2º - Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

I - as **decisões do Supremo Tribunal Federal** em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os **enunciados de súmula vinculante**;

III - os **acórdãos** em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os **enunciados das súmulas** do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º - Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º - Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º - Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 978 - O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (...).

5. II - FONTE LEGITIMADORA

Como dissemos, em nossa proposta, identificamos como fonte legitimadora possível para o DJJ a própria instituição do Judiciário. Isso porque para que uma enunciação seja reconhecida como pertencente a esse subtipo, é necessário que cumpra requisitos dados pelo sistema, e daí pensamos mesmo no modo de entrada dos atores para que façam parte desse corpo. Advogados devem ser autorizados exclusivamente pela OAB para que possam exercer a profissão; os julgadores têm entrada na carreira por concurso público, assim como os demais servidores e técnicos profissionais que auxiliam o juízo. É rígido o modelo de ingresso, em todos os casos.

Do mesmo episódio de discussão entre os ministros Joaquim Barbosa (JB) e Ricardo Lewandowski (RL) já mencionado acima, colhemos o seguinte trecho:

“RL - Vossa Excelência dirige uma casa de tradição
multicentenária
JB- Que v. excelência não respeita
RL – Eu?
(...)”

A instituição, ao menos do ponto de vista claramente exposto, da oratória, é frequentemente referida como sendo alvo de zelo. Mesmo em meio à discussão acalorada, esse é o elemento central – fazer jus à presidência dessa casa multicentenária – que mereceria algum respeito.

Em 16 de novembro de 2016 assistimos nova discussão envolvendo agora o ministro Lewandowski e o ministro Gilmar Mendes, em que instituição e sua respeitabilidade são novamente mencionadas: “Vossa excelência está faltando com decoro que esta Corte merece”, afirma o ministro Lewandowski, em relação à conduta do colega que, após votação terminada, pede vistas do processo em flagrante manobra para evitar a proclamação do resultado, atrasando, portanto, a finalização da matéria¹¹⁸.

Nesse sentido, o poder judiciário é tido não apenas como braço do Estado, mas emerge no discurso como o *próprio Estado*.

¹¹⁸Em votação do RE 593068, que discute se é possível exigir contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como um terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade. A decisão tomada pela corte favoreceria o contribuinte, sem, contudo, ter sido proclamada. Vídeo disponível no endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=Ews9AgomUyk>

No julgamento da ADPF¹¹⁹ 54/2012, que versava sobre a descriminalização de interrupção da gestação para casos de fetos anencefálicos, o então advogado Luis Roberto Barroso, em sustentação oral em defesa da aprovação do pedido, manifestou-se: “O papel do Estado e do Poder Judiciário nas questões que envolvem desacordos morais razoáveis, não é o de escolher um lado, mas o de permitir que cada um viva a sua crença, a sua autonomia, o seu ideal de vida boa” (BARROSO, 2012). Nesse trecho vemos que o patamar do judiciário e do Estado são equiparados. A ambos, em igualdade de condições, compete garantir a autonomia individual. De fato, na nossa sistemática, a própria gênese do Estado se dá pela enunciação da lei – a palavra criadora que é a Constituição Federal, cujo aparelho de funcionamento parece ser o judiciário.

Questão que se apresenta, do ponto de vista do discurso, é justamente o que seja o Poder Judiciário. A nós, pelas investigações aqui expostas, entendemos ser justamente a sua própria existência discursiva, pela via da jurisprudência. Decorre daí que a sua legitimação é interna, dada pelo conjunto de (já) enunciados e enunciáveis potenciais. Se isso é verdadeiro, então a legitimação não se dá a partir da Constituição, mas é justamente uma legitimidade *a priorística* do judiciário que valida a Constituição, de tal sorte que, o que legitima é essa força anterior, capaz de dotar o judiciário de uma capacidade de legitimar a sua existência. Como observamos no item anterior, no CPC/2015, por exemplo, vemos a tributação de alto valor à jurisprudência. No inciso IV, garante-se que se uma decisão judicial estiver afinada com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a sua força executiva será ampliada. Não se discute se a decisão está de acordo com a lei vigente, mas, ao contrário, com decisões anteriores, com a jurisprudência das altas cortes.

A partir dessa previsão legal, então, vemos que na sistemática do Discurso Jurídico, o conjunto de decisões judiciais – jurisprudência – tem valor superior a lei, e podem, inclusive, ser contrárias ao texto de lei (são as chamadas decisões *contra legem*). A lei, portanto, nunca é fundamento exclusivo de validade no âmbito do discurso jurídico *lato senso*¹²⁰, salvo, em dadas circunstâncias, para o discurso jurídico pedagógico, por sua natureza ligeiramente idealizadora (veremos adiante).

¹¹⁹ Ação de descumprimento de preceito fundamental

¹²⁰ É arriscada a afirmação, considerando que é possível que no discurso jurídico pedagógico, por sua natureza abstrata e idealizadora, possa ser a lei apontada como fundamento legitimador, em alguma medida. Modalizamos, então, a asserção.

O DJJ, então, tem uma espécie de prévia autorização para decisões contrárias à lei, em que pese, contraditoriamente, sua função seja justamente dar aplicação à lei. É verdade também, que deveria se tratar de uma situação excepcional, e que, pelo menos explicitamente tenta ser evitada pelos julgadores. Vê-se um sem número de decisões judiciais que expressam preocupação com as decisões contrárias à lei, citamos abaixo ementas exemplificativas provenientes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

[...] é assente neste Tribunal Superior o entendimento de ser incabível a decisão judicial que afasta a incidência de norma penal, utilizando-se de argumentos como equidade, justiça ou proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada, por ser tal manifestação nitidamente ‘contra legem’, **inadmissível** em nosso ordenamento jurídico. AgRg no AREsp 942165 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0169672-5. Relatora Ministra Maria Thereza e Assis Moura, 6ª Turma, Data do Julgamento: 01/09/2016. DJe 12/-9/2016

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS. DESMEMBRAMENTO DE SERVENTIAS. PREVISÃO NORMATIVA EXPRESSA. CIÊNCIA DO DELEGATÓRIO SOBRE A PRECARIÉDADE DA SITUAÇÃO DE CUMULAÇÃO DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO "CONTRA LEGEM". SÚMULA 46/STF. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A ciência inequívoca do delegatário sobre a sua investidura precária em serventia, a título de substituição temporária, não autoriza a convalidação dessa situação ainda que decorrido demasiado tempo desde o ato administrativo que tratou do assunto, sobretudo ao considerar que em assim sendo haveria inegável afronta ao disposto no art. 236, § 3.º, da Constituição da República.
2. Não há falar, portanto, em direito adquirido "**contra legem**".
3. Segundo a dicção da Súmula 46/STF, o desmembramento de serventia de justiça não viola o princípio de vitaliciedade do serventuário.
4. Agravo regimental não provido. AgRg no RMS 49085 / RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2015/0196649-9. Ministro Relator Mauro Campbell Marques, 2ª turma. Data do Julgamento 19/11/2015. DJe 27/11/2015

Nos exemplos acima mencionados, vemos a resistência às decisões *contra legem*, indicando-se uma situação a ser evitada pelo julgador. Abaixo, contudo, vemos uma situação em que se tolera o julgamento – ainda que contra lei. É inescapável que haja no

sistema decisões contra a lei. Eventualmente, mesmo, é desejável, já que, de um lado, com a complexidade e a dinamicidade das relações sociais; e de outro, com a morosidade do processo legislativo, e com a impossibilidade real de se preverem todas as situações possíveis, o elastecimento, a interpretação e mesmo a criação são necessários para a prática judicante. Abaixo vemos a aceitabilidade das decisões, ainda que contra a lei.

HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o integralmente fechado, descabendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90). Todavia, fixando a sentença condenatória – **ainda que contra legem** – que o cumprimento da pena dar-se-á em regime inicialmente fechado, não havendo recurso do Ministério Público em relação a tal ponto, o manto da coisa julgada impede que o édito condenatório seja alterado na fase de execução. Possibilidade, *in casu*, de progressão. Ordem concedida para permitir a progressão de regime, obedecidos os parâmetros legais. HC 41718 / RJ - HABEAS CORPUS 2005/0021052-9. Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5ª turma. Data do julgamento: 07/04/2005. DJ 09/05/2005 p. 446

ESTADO DO PARANÁ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.542.042-9 Agravante: Fazenda Pública do Município de Maringá. Agravado: Maringá Marketing Ltda. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas.

III - DECISÃO CONTRA LEGEM, EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO, SÓ SE ADMITE PARA FAZER PREVALECER PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. (...) PRECEDENTE STJ.

(...) *omissis*

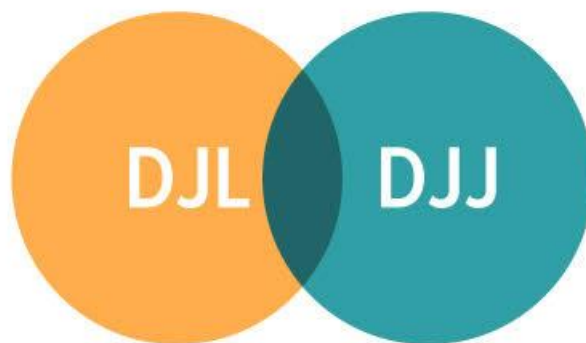
Em nosso ordenamento jurídico, só é possível decisão contra legem com base em princípios constitucionais, todavia, no caso, não está presente essa hipótese; muito pelo contrário, a decisão agravada está em perfeita sintonia com o princípio da economicidade, consagrado na cabeça do art. 70, do Texto Magno. (...)

A estratégia discursiva que justifica as decisões *contra legem*, e, portanto, torna o judiciário um super-poder, se baseia na discussão teórica dos **princípios constitucionais**, que, por sua vez, são originários no discurso jurídico pedagógico. Vê-se que o discurso jurídico judicial busca um fundamento de validade do discurso jurídico pedagógico, quando, voluntariamente, afasta o discurso jurídico legislativo.

Visualmente podemos pensar num lugar de intersecção entre os discursos, de tal sorte que o DJJ e o DJL comunguem parte dos enunciados: decisões judiciais proferidas em consonância com a lei. Há, ainda, no conjunto do DJJ decisões que não estão em consonância com a lei (*contra legem*); e no DJL há parte que não diz respeito a enunciados

que se apliquem a casos concretos, para instrumentar o judiciário, mas têm existência autônoma.

FIGURA 4 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 1



FONTE: A autora (2017)

5. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS

Na nossa proposta de classificação, pensamos como gêneros centrais aqueles ligados à atividade judicante institucional, ou seja, de um lado as petições dos advogados que funcionam como gatilho para a instauração de processos; e de outro, as decisões judiciais.

Há, pelo menos, duas maneiras de pensar na categorização do gênero como centrais ou periféricos: uma de natureza qualitativa, que diz respeito à importância desse gênero para o funcionamento do DJJ; e outra de natureza quantitativa, ou seja, pela representatividade do gênero no discurso. Para o DJL, as duas maneiras de pensar os gêneros convergem para o mesmo resultado: a lei é tanto mais representativa do ponto de vista, digamos, numérico; quanto é mais fundamental para o funcionamento do DJL. Naquele caso do DJL, então, é singelo concluir que o gênero central é a lei *lato sensu*, já que com mais ocorrências e ocorrências de importância basilar.

No âmbito do DJJ parece haver uma peculiaridade, não quanto àqueles que podem ser facilmente enquadrados como gêneros centrais, como as petições e as decisões

judiciais, por exemplo. Quanto a isso não há dúvida nem questão. Ambos são quantitativa e qualitativamente centrais. A questão que surge é com os gêneros periféricos.

Como gêneros periféricos entendemos tanto aqueles enunciados proferidos em andamento processual¹²¹, mas fundamentais para o funcionamento do judiciário, quanto os chamados paralegais. Os paralegais têm peculiaridades que valem algumas reflexões: sua existência é dependente da instituição do judiciário e, digamos, podem ter seu *status* alterado de central para periférico e vice-versa.

Um contrato, por exemplo, é um gênero que consideramos, num primeiro momento, periférico, porque não se pode tributar a ele a existência ou funcionamento do DJJ; assim como, quantitativamente apresenta ocorrências que não são suficientemente representativas. Além disso, quando regularmente cumprido, não inaugura uma relação conflituosa que demande a manifestação do Estado. Bem, se um contrato é cumprido, terminada a obrigação o contrato desaparece do universo jurídico, posto que, perde sua função. Contudo, com o descumprimento de qualquer das obrigações contratualmente impostas a alguém, surge um dado de repercussão jurídica, que tem força para mobilizar o judiciário, requerendo para si uma enunciação. Podemos arriscar a dizer, então, que o *status* dos gêneros, nesses casos, é flutuante. Um recibo é, a partir dessa linha de raciocínio, um gênero periférico, quando, tem como destino as pastas de arquivo pessoal, mas, para o caso de mau pagamento¹²², o recibo passa a ser fundante, qualitativamente representativo.

Essa é uma característica peculiar do DJJ, já que nos outros dois tipos propostos, vemos uma situação mais estanque quanto aos gêneros típicos.

¹²¹Há decisões judiciais dessa natureza, chamadas decisões de mero expediente ou decisões de impulso, diferentes daquelas com carga decisória. A diferença é fundamentalmente importante para a sistemática recursal, conforme bem esclarecido pelo julgado que citamos: “EMENTA: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. DESPACHO MERO EXPEDIENTE. CONTEÚDO DECISÓRIO. GRAVAME À PARTE. AGRAVO. CABIMENTO. 1. Independentemente do nome que se dê ao provimento jurisdicional, é importante deixar claro que, para que ele seja recorrível, **basta que possua algum conteúdo decisório** capaz de gerar prejuízo às partes. 2. Na hipótese, o provimento judicial impugnado por meio de agravo possui carga decisória, não se tratando de mero impulso processual substanciado pelo cumprimento da sentença transitada em julgado. 3. Recurso especial provido. REsp 1.219.082-GO. Ministra Relatora Nancy Andriighi. Data da decisão: 02/04/2013.

¹²² Pensamos aqui em todas as hipóteses de mal pagamento, como o pagamento incompleto, putativo, extemporâneo, em lugar errado etc.

No que diz respeito aos gêneros centrais, vemos que no DJJ a decisão judicial e a petição são os mais representativos em quantidade e qualidade; também, são gêneros mobilizados pelos protagonistas da esfera – o juiz e o advogado.

A decisão judicial (passaremos a análise da petição na sequência), aliás, é, como já vimos, fonte do Direito e gênero de fundamental importância para o campo. Tanto assim que, por mais próxima de uma ideia de institucionalização, mais formal é. A sentença, por exemplo, que é a decisão judicial terminativa no processo de primeiro grau¹²³, tem sua forma e validade dadas por lei.

O CPC/2015, reproduzindo tendências anteriores, estabelece como se forma a sentença, subdividindo-a nas três partes fundamentais (relatório: conterá as principais ocorrências do processo; fundamentação: analisará; dispositivo: resolverá), assim como determinando o modo como as questões processuais devem ser encaradas para o julgamento. Citamos:

CPC/2015. Art. 489- São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que **conterá** os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das **principais ocorrências** havidas **no andamento do processo**;

II - os fundamentos, em que o juiz **analisará** as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz **resolverá** as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os **argumentos deduzidos no processo** capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar **precedente** ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹²³ O primeiro grau de jurisdição (ou primeira instância) diz respeito ao primeiro degrau da hierarquia do organograma do judiciário, respondendo por ela os juízes. Segue-se a ela o segundo grau, nos Tribunais, cujo cargo judicante é ocupado pelos desembargadores. Após, os Tribunais Superiores, compostos por ministros. No primeiro grau a decisão terminativa chama-se sentença, no segundo grau e nos tribunais superiores chama-se acórdão (posto que, em regra, julgado por um colegiado de desembargadores reunidos). Embora na prática tenhamos três graus, diz-se do nosso sistema composto por duplo grau de jurisdição. Isso porque os Tribunais Superiores (STJ e STF) são considerados excepcionais.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º - No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º - A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Trocando em miúdos a parte inicial do artigo citado para melhor compreensão do gênero. Na primeira parte o julgador deverá identificar o processo de que tratará, fazendo constar o que fora pedido por um e qual é o fundamento da resistência do outro. Tanto as razões fáticas quanto os fundamentos jurídicos devem estar claros nesse momento. Então o juiz passa a elencar quais as demais ocorrências relevantes, como por exemplo, testemunhas ouvidas, perícias, cálculos e eventuais divergências de todas as ordens. Essa parte é chamada de relatório, e sua função é, por óbvio, relatar o que se deu no processo – sem qualquer juízo prévio de valores. Trata-se de mera descrição e narração. Feito isso, passa o juiz a analisar, avaliar, valorar, tensionar todos os fatos trazidos a ele, nessa segunda fase. Ao tempo em que revisa o relatório, passa a decidir sobre cada situação trazida, dando razão a esse ou àquele, conforme seu arbítrio. É a parte da sentença que trata, efetivamente, do resultado das disputas em cada argumento e contra-argumento lançados nos autos, com a justificativa técnica para a decisão, ou seja, com a aplicação da lei adequada, a partir da interpretação dada pelo magistrado e por demais autores da doutrina, evocando-se, ainda, as decisões anteriores dos tribunais (jurisprudência que pode se aplicar a situações iguais ou análogas). A terceira e última parte, chamada dispositivo, trará o resumo geral das decisões, fixando em definitivo a decisão do julgador.

A sentença, portanto, é uma manifestação em que o juiz **resolverá** uma questão posta sob sua **análise**, como determina a lei. Essa decisão, importa dizer, diz respeito aos fatos havido **no processo** – ou seja, o processo, então, se torna uma emulação do que houve **no mundo**. É, portanto, uma recriação discursiva, uma representação linguageira, um debate, um exercício (quase) ficcional de recontar uma história. A sentença será, então, o produto de anteriores produções discursivas no curso do processo.

Para ilustrar, abaixo citamos a parte dispositiva do voto do Ministro Relator Ayres Brito a respeito da união homoafetiva, em decisão de singular importância histórica e social, exarada em maio/2011 do STF:

Dando por suficiente a presente análise da Constituição, **julgo**, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela **conheço como** ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, **julgo procedentes** as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição (...). (BRITO, Ayres. 2011)

Vemos que a sentença¹²⁴ rearranja uma leitura de mundo – para além de apenas promover a acoplação de uma situação de fato a uma regulação legislativa. Nesse caso especificamente, julgar procedente a ação trouxe uma consequência para a interpretação – restringiu a interpretação da lei em primeiro lugar, mas deu uma nova interpretação a um fato do mundo. O excerto final do mesmo voto, o min. Ayres Brito (2011) (trecho já citado quando falamos de **interpretação conforme**, mas que retomamos aqui), promove a acoplação mencionada ao *declarar* que entidade familiar é sinônimo perfeito de família, e que, portanto, a família homoafetiva é juridicamente igual à família heteroafetiva:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “**entidade familiar**”, **entendida esta como sinônimo perfeito de “família”**. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRITO, 2011).

Nesse trecho, a construção da sinonímia ultrapassa o dado dicionarizado, para a construção de um *sentido* e para um fazer no mundo – movimento horizontal para fora do campo.

Voltando ao texto do CPC/2015, art. 489 §1, IV já citado, cabe ao juiz **enfrentar** todos os argumentos trazidos aos autos¹²⁵ do processo. Isso significa dizer que caberá ao juiz avaliar todas as alegações das partes¹²⁶ no curso do processo. A sentença, é, portanto,

¹²⁴ Estamos tratando o voto (subgênero do gênero sentença) como se sentença fosse, porque sua característica decisória equivale à da sentença. A diferença fundamental é que um voto compõe um conselho de sentença em que vários outros juízes votam. A decisão final é dada pela maioria simples. Isso acontece em julgamentos colegiados, tanto nos tribunais superiores (STF, STJ, TST, TSE e STM) quanto nos tribunais das justiças estadual e federal ou turmas recursais de juizados especiais estaduais e federais.

¹²⁵ Autos são a materialidade do processo judicial, ou seja, sua face física. O processo, por sua vez, é o conjunto de procedimentos dialéticos que informam e formam o convencimento do juiz, a partir da reconstrução dos fatos que o fundamentam, com o objetivo de obter-se uma decisão.

¹²⁶ São as pessoas envolvidas no processo – que ocupam os polos, chamados também de autor e réu, requerente requerido, ou, para cada tipo específico de ação, ganham outros nomes: na execução, exequente e executado; nos embargos, embargante e embargado, na reclamação, reclamante e reclamado; na apelação,

necessariamente atravessada pelas razões de ambas as partes, avaliadas pelo juiz da causa a quem caberá a palavra final, em nome da instituição. Se os argumentos trazidos aos autos são fundantes na decisão, então, podemos dizer que é de fundamental importância o papel dos advogados nas petições. As petições que instruem o processo são necessariamente parte que forma a sentença – um *já-dito* no processo.

Trata-se de um arquétipo de discurso posto sobre o processo de tese, antítese e síntese, de uma natureza constitutivamente dialógica, e de um dialogismo profundo, composto por várias camadas e cujos limites de produção não são absolutamente liberados, mas há regras de materialização, como vemos em quando da expressa menção da fundamentação jurídica. Destacamos do texto de lei citado, ainda, a importância dos precedentes e jurisprudência – que são exatamente decisões de mesma natureza e hierarquia que passam a fazer parte do repertório possível, na retroalimentação sistemática do discurso jurídico judicial.

Aliás, quando tratamos da figura do juiz, convém atentar para o fato de que, em verdade, estamos falando do Estado-juiz. A figura física do juiz¹²⁷, que profere a decisão final, é, em tese, mero porta-voz de uma *vontade de Estado*: no processo judicial o Estado é também parte interessada e seu interesse coincide com uma de suas funções, que é a pacificação social (completaríamos, a partir de seu interesse¹²⁸).

Relembramos e retomamos a discussão já feita anteriormente, sobre o *ethos*, para Amossy (2008) o *status* institucional do sujeito é fundamental para a produção de sentidos do discurso:

a eficácia da palavra não é nem puramente exterior (institucional) nem puramente interna (linguagreira). Ela acontece simultaneamente em diferentes níveis. Não se pode separar o *ethos* discursivo da posição institucional do locutor, nem dissociar totalmente a interlocução da interação social como troca simbólica (no sentido de Bourdieu¹²⁹) (AMOSSY, 2008, pág. 136).

apelante e apelado etc. No Direito Penal, por exemplo, uma das partes é o Ministério Público, a quem cabe processar em nome do Estado.

¹²⁷ Trataremos dos atores propriamente ditos adiante.

¹²⁸ Lembrando que historicamente o Estado (e seus entes – União e autarquias) é sempre dos maiores litigantes na Justiça. Em lista publicada recentemente, depois de pesquisa feita pela Associação dos Magistrados do Brasil, temos a seguinte classificação: 1. INSS - Instituto Nacional do Seguro Social; 2. CEF - Caixa Econômica Federal; 3. Fazenda Nacional; 4. União; 5. Banco do Brasil S/A; 6. Estado do Rio Grande do Sul; 7. Banco Bradesco S/A; 8. Banco Itaú S/A; 9. Brasil Telecom Celular S/A; 10. Banco Finasa S/A. (AMB, 2015).

¹²⁹ Para Bourdieu (2007), no entanto, o poder se exerce pelo lugar de quem fala, e não se constrói no discurso. Diferença fundamental do ponto de vista que adotamos, no qual, como quer Foucault, há uma dupla

Ao definir o sistema de gêneros em que operam as pessoas em determinada atividade, por consequência identifica-se “também um *frame* que organiza o seu trabalho, sua atenção, suas realizações” (BAZERMAN, 2005, pág. 33), de modo que ao identificar o gênero *sentença*, ou *voto*, identifica-se a existência de toda uma discursividade subjacente que abarca o período pré-processual¹³⁰, processual, de debates, perícias, oitivas de testemunhas até a elaboração do texto que culmina num proferimento capaz de fazer coisas no mundo – um *frame* de toda uma atividade e organização sociais. Daí a complexidade deste gênero e a importância da sua definição, porque ao delimitar/identificar o gênero – e declará-lo “você adota um estado mental, fixa suas expectativas, planeja de acordo com esses elementos e começa a agir com essa orientação” (BAZERMAN, 2005, pág. 102), passando a produzir significado a partir da identificação do gênero. Inicia-se, portanto, a construção dos efeitos de sentido.

A sentença judicial tem necessariamente um conteúdo vereditório. Se por um lado sua função precípua é essa – dar uma decisão, um veredito – a uma questão posta sob análise; por outro lado, é fundamental que esta decisão produza um *efeito de sentido de verdade*, que, dentro dessa ritualística, lhe conferirá legitimidade.

Produzir este discurso de verdade é da natureza do discurso judicial, que tem como escopo o exercício de um poder de Estado. No voto que vimos acima, o poder se manifesta no sentido de incluir os relacionamentos homoafetivos sob o manto da proteção de Estado (com repercussões patrimoniais, previdenciárias, civis, penais etc.). A partir daquela enunciação torna-se verdadeiro que entidade familiar é sinônimo perfeito de família; família homoafativa é sinônimo de família heteroafativa, que dois homens ou duas mulheres podem compor uma entidade familiar; que dois homens ou duas mulheres podem ser mútuos sucessores da aposentadoria do companheiro.

No caso do direito penal, por exemplo, o exercício do poder se materializa com o monopólio da punição – um sujeito pode tornar-se *culpado*, *condenado*; decreta-se a prisão (se for o caso). E o exercício do poder pressupõe a construção da verdade discursiva, legitimada pela instituição, por quem fala e pelo lugar de onde fala. Um círculo necessário para o poder. Bourdieu (1989) afirma que

implicação necessária: o lugar de quem diz e aquilo que diz. É a partir daí que o poder toma corpo, e só a partir daí que é possível a construção da verdade que importa em poder (FOUCAULT, 1979).

¹³⁰ Todo o período anterior também está contido ali: o que se deu no mundo entre as partes, a elaboração (todo o processo legislativo, portanto) da lei que se evoca, a evocação de decisão precedente.

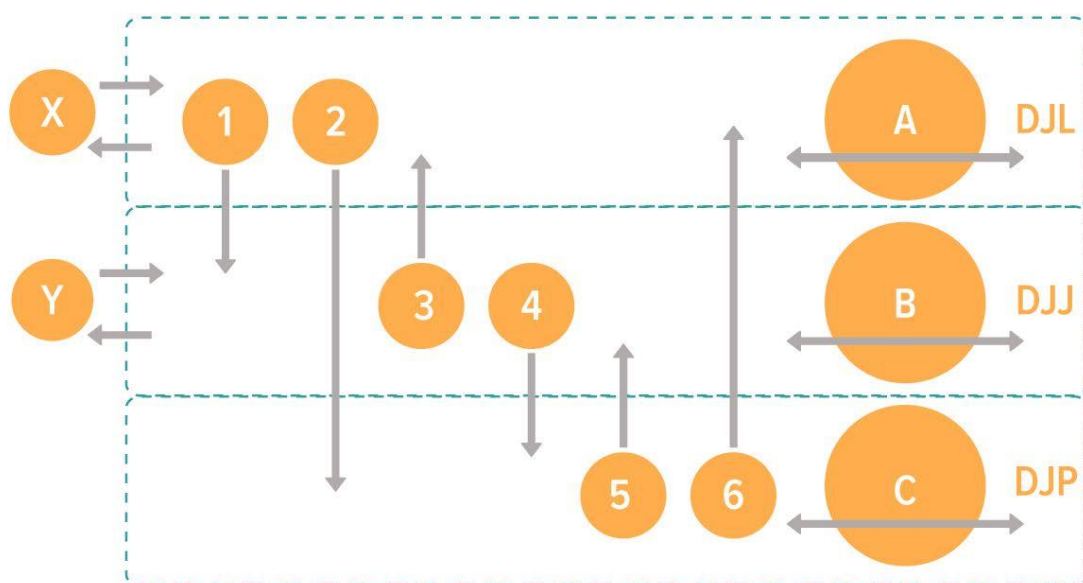
o poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver, de fazer crer, de confirmar ou de transformar a **visão do mundo** e, deste modo, a ação sobre o mundo, poder quase mágico que permite o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 1989, pág.14).

Para Foucault (1979), o poder só existe no âmbito da ação, é necessariamente um exercício, e aqui o vemos como um exercício discursivo, um construto do discurso. E este exercício, ainda para Foucault, é sempre um exercício de força, um esforço repressivo.

5. IV - MOVIMENTO

Propomos movimentos verticais e horizontais nessa esfera. Dos verticais já falamos antes: dizem respeito à circulação desses gêneros centrais dentro do campo. No caso do DJJ o movimento vertical ocorre tanto para cima (alcançando a esfera do DJL) quanto para baixo (alcançando a esfera do DJP). Remetemos ao esquema da FIGURA 3, já mencionado:

FIGURA 3 – HIPÓTESE DO MOVIMENTO



FONTE: A autora (2017)

LEGENDA: Em 1,2,3,4,5 e 6 vemos o trânsito vertical entre as esferas;
Em A, B e C vemos o trânsito horizontal dos enunciados dentro da própria esfera;
Em x e y vemos o movimento de entrada e saída dos enunciados, dado especialmente pela dinâmica da tradução.

Quando o discurso transita rumo ao DJL escreve um movimento circular, posto que, via de regra, será pautado pela existência de uma sistemática legislativa. Quando rumo ao DJP será para que seus enunciados sejam *avatarizados* para que seja cumprida a função pedagógica. Saindo da esfera e ingressando no DJP, portanto, sua natureza é profundamente alterada. Uma sentença não irá produzir um resultado prático no mundo, mas será o suporte de estudos e discussões acerca da aplicação da lei, das noções de justiça e sociedade, do equilíbrio entre as partes litigantes, da valoração de provas, do destinatário das provas, dos documentos auxiliares do juízo, do tempo de tramitação, dos valores envolvidos e qualquer outra coisa, mas não a própria razão de existir dessa sentença (o mesmo vale para uma petição, um acórdão, um voto).

Por outro lado, nessa esfera vemos também um movimento vertical, para fora do campo. Isso se dá, de dois modos: ou um enunciado *sai* do campo e passa a fazer algo no mundo, ou um enunciado produzido fora do campo *entra* no campo (pela intermediação do advogado, via de regra) e passa a fazer parte dos enunciados possíveis e reais dentro do campo.

Um enunciado sai do campo quando, por exemplo, uma sentença *declara culpado*. A partir dessa enunciação, o aparato de Estado passa a ser mobilizado para o cumprimento dessa declaração que tem função de *ordem*. Assim também para qualquer decisão judicial (um dos gêneros centrais).

Um enunciado entra no campo quando, mediado por alguém dotado de legitimidade para tanto, *traduz* a enunciação para uma possível no campo/esfera. Quando, por exemplo, uma pessoa busca um advogado, na entrevista preliminar, o sujeito narra os fatos que o levam a crer que algum dos seus direitos fora violado. Nesse passo, o sujeito pode ter informações gerais sobre o seu direito pretensamente ferido, e o narra, incluindo todas as informações que julga pertinentes para a proteção do seu direito. O advogado, como um *tradutor*, fara a versão dessa enunciação geral (digamos assim) em uma enunciação que possa transitar pelo campo. A partir dessa nova versão, a enunciação *entra* no campo, pela esfera do DJJ, até que, com o regular processamento, *saíra* do campo para surtir efeitos no mundo.

É claro que esse movimento não degenera as condições de produção do enunciado, pelo contrário. Na verdade, é constitutivo para a *entrada* no DJJ que haja esse processo de mediação com o profissional advogado. Via de regra a manifestação pessoal do sujeito (parte) mesmo no processo, passava pelo esquema de *renarrativa* nas audiências. Isso se dava com qualquer manifestação do sujeito – qualquer enunciado produzido pela parte – sendo *traduzida* pelo juiz para que constasse na ata – documento de formação do processo. Vale explicar melhor: em uma audiência, oportunidade rara e única em que a parte pode falar diretamente ao juízo pessoalmente, respondendo a perguntas que podem esclarecer como os fatos se deram no mundo, após a resposta dada, o juiz dita o que ouviu da parte – o que entendeu e como entendeu¹³¹.

Para exemplificar, citamos abaixo trecho de uma ata de audiência em que consta essa reescrita feita a partir do que o sujeito contou na audiência, passada pela *tradução* do juiz, digitada pelo auxiliar de audiência, fazendo constar na ata aquilo que o juiz/tradutor entendeu que fosse relevante para a elucidação do processo.

DEPOIMENTO DAS PARTES: Depoimento pessoal do(a) reclamante: **Às perguntas formuladas pelo(a) MM. Juiz(a), respondeu: "Que começou a trabalhar como vendedor com carteira assinada em 2002; que sempre foi um bom funcionário e por isso foi procurado para **pegar uma franquia**; que foi procurado para tal finalidade pelo gerente geral, Sr. Leandro Freitag, na loja em que trabalhava como vendedor (Ortobom da Getúlio Vargas); que o Sr. Leandro disse que tinha uma vaga em uma das franquias, mas tinha que verificar junto com a gerente da loja da Getúlio Vargas para assumir a vaga de franqueado; que em janeiro de 2008 assumiu a loja da Ortobom da Isaac Póvoas; que a Ortobom locava o espaço da Isaac Póvoas; que o depoente pagava as contas de água e luz e a Ortobom não repassava tais valores ao depoente; que os gerentes práticos (Srs. Paulo Alexandre, Paulo Humberto e Frank) que interferiam na atuação do depoente e dos vendedores; que a interferência se dava nos seguintes moldes: havia a exigência da Ortobom de preenchimento de mapa de pontuação (vendas) diariamente; que neste mapa constava o quanto cada vendedor vendeu no referido dia; que constava também o número de pessoas que entraram na loja, as que compraram e as que não compraram; que o gerente de franquias (Sr. Leandro) exigiu que o depoente montasse um segundo ponto de vendas para atender os critérios de vendas da Ortobom; que o Sr. Leandro exigiu o ponto segundo de vendas em função da averiguação das dificuldades da loja do depoente; que os gerentes prático interferiam diretamente na conduta do depoente e dos vendedores da loja em que o depoente estava, (...) o gerente prático dizia, por exemplo, "você não insistiu, você falhou no atendimento**

¹³¹ Pelo encaminhamento da migração dos processos físicos para os processos eletrônicos e a modernização dos Tribunais, adota-se, paulatinamente a gravação audiovisual da audiência, de tal sorte que esse mecanismo ora narrado está em vias de extinção. Com isso, uma novidade nas práticas discursivas também ocorre.

porque não demonstrou o produto certo ou tentou vender um produto caro ao cliente"; que o gerente prático também determinava a limpeza do local, como por exemplo, remoção de teias de aranha, determinava a troca de lâmpadas queimadas e tinha uma lista de itens que iam sendo verificados (...) (Reclamatória Trabalhista n. **00629-2009-008-23-00-1, 8ª Vara do Trabalho de Cuiabá-MT**)

Observe-se que as perguntas não são transcritas, de tal maneira que apenas a resposta fica registrada. Não se pode assim, verificar a precisão da pergunta, ou uma eventual ambiguidade (voluntária ou não). Nesse exemplo que citamos as respostas permitem que possamos inferir qual tenha sido a pergunta, mas, não se pode dizer que seja sempre assim. Há situações em que o registro da resposta não dá pistas sobre o que fora perguntado, o que pode trazer consequências para a atuação dos advogados, que não podem seguir o encaminhamento dado pelo juiz, prevendo assim, eventuais riscos e consequências. Mas isso é outro assunto. Pois bem.

Ficou também amalgamado o uso do *queísmo* e do *dequeísmo* para toda e qualquer transcrição de depoimento – que é justamente a técnica de iniciar qualquer oração com *que*, como vemos no exemplo acima, ou ainda *de que*.

Nos trechos negritados: 1) **pegar uma franquia**; 2) **disse que tinha** e, finalmente; 3) **por exemplo, "você não insistiu, você falhou no atendimento porque não demonstrou o produto certo ou tentou vender um produto caro ao cliente"**; verifica-se uma atenção especial para que conste da ata exatamente o que a parte disse, de modo simples e informal. **Pegar uma franquia** exemplifica bem o registro de uma expressão informal e oralizada, menos monitorada. Ressalte-se que estamos trabalhando com um exemplo oriundo da Justiça do Trabalho que tem dentre seus postulados de existência a informalidade, a oralidade e a instrumentalidade das formas. É claro que isso faz toda a diferença, esse esforço na manutenção do que a pessoa disse de fato é ponto constitutivo dessa Justiça Especializada. As aspas com as exatas palavras ditas pelo tal gerente, e narradas pelo *depoente* são de fundamental importância para a busca da verdade¹³² – objetivo geral do processo.

No exemplo que vimos, extraído de audiência realizada na Justiça do Trabalho (cujo funcionamento é mais informal, oral etc), é o **depoente** *quem* fala. Esse fenômeno se

¹³² Simplificando muito: a teoria traça uma diferença entre verdade formal ou verdade material. Em cada área do Direito, o processo objetiva um tipo, por exemplo: no direito civil, objetiva-se a verdade formal (a que foi formalmente constituído nos autos do processo); no direito penal, a verdade real (a que foi alcançada pelo juízo com os instrumentos legais e processuais).

repetirá em qualquer situação do DJJ – as pessoas não têm nomes, mas funções processuais – depoente é a função de depor. Autor, réu, testemunha, exequente, executado, procurador.

Voltemos à entrada na esfera – e no campo. O que o *depoente* fala em depoimento, então, passa a ter existência no mundo jurídico – inaugura-se, pois, um novo estado de coisas. Os enunciados passam a compor o DJJ, circularão no campo (e nesse caso especificamente na esfera), para depois, novos enunciados a ele vinculados e restringidos por ele, *saírem*.

Como exemplo do DJJ apontando para o DJP, citamos trecho do min. Ayres Brito (2011):

É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003 (BRITO, 2011).

Vemos aqui a materialização do trânsito havido a partir do DJP que escapa de sua esfera e sobre até a esfera do Judiciário para imiscuir-se, ter suas fronteiras rompidas e passar a cumprir nova função discursiva – para além de *educar*, nesse caso, o DJP é chamado como argumento de autoridade, para validar uma fundamentação, para fazer coro na tese proposta como voto.

5. V - ATORES

A partir da discussão sobre os gêneros centrais, vemos que os atores protagonistas nessa esfera são o juiz e o advogado. Gastaremos algumas linhas nessa tensa relação que se estabelece entre eles, para, então, discutirmos os demais atores da esfera.

O advogado é quem representa judicialmente seus clientes, além de desenvolver atividades extrajudiciais de consultoria e assessoria em matérias jurídicas. O art.133 da CF/88 estabelece que sua função é “indispensável à administração da justiça”, posto que, responsável por acionar o impulso inicial de um processo¹³³. Sua função, é, portanto, parcial: atende aos interesses que representa, nos limites da lei.

¹³³Via de regra. Nos casos em que essa função é do Ministério Público (direito penal, por exemplo), seu exercício é similar a um advogado de acusação.

O juiz, por outro lado, é um funcionário público, exercendo uma função específica de Estado, e por isso, lhe são asseguradas garantias¹³⁴ de completa independência no exercício de suas funções, com o objetivo que possa julgar sem estar sob pressões que o façam sucumbir. Sua função exige, em tese, imparcialidade e neutralidade¹³⁵. Dispositivos legais fixam suas posições em pé de igualdade: não há hierarquia ou subordinação entre eles, dizem.

O então presidente do STF Ministro Marco Aurélio Mello, em entrevista publicada no Jornal Folha de São Paulo de 31/05/2003, critica a existência de enfermidade conhecida como *juizite* que transforma o Juiz de Direito em ‘reizinho’. Desde então, o tema parece não ter se esgotado, aparentemente a enfermidade não foi ainda curada. Em agosto de 2014 o mesmo ministro novamente declara: "Tenho colegas de sacerdócio acometidos de uma doença denominada juizite, que se acham semideuses", e que assumem uma postura como se estivessem “acima do bem e do mal”.

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, regulamentando o art. 133 da CF, garantiu aos advogados ampla proteção no pleno exercício de suas atividades profissionais, dentre as quais o direito de dirigirem-se "diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7º, inciso VIII, da Lei n. 8.906/94). Na prática, porém, *a teoria é outra*. Nas portas dos gabinetes há avisos sobre a marcação de horário prévio, assessores que são destinados a realizar uma espécie de triagem, de tal modo que o a despacho diretamente com o juiz é, em verdade, excepcional.

Em 2007 o CNJ recebeu o Pedido de Providências n. 1.465 para esclarecer se um magistrado poderia reservar horários específicos para atender advogados ou teria que, no cumprimento de sua função, ter ‘portas abertas’. A decisão não poderia ser diferente. O juiz não pode reservar horário de atendimento e é sempre obrigado (esse é o termo usado na decisão) a atender os advogados (CONSULTOR JURÍDICO, 2007). É claro que a celeuma não se esgota aí. A associação dos magistrados vociferou. Nos sites das OABs de

¹³⁴ Dentre as especiais garantias à carreira, estão: 1) inamovibilidade: que garante a permanência do juiz no local em que se encontra, salvo por sua própria iniciativa; 2) vitaliciedade: seu cargo é vitalício; 3) irredutibilidade de subsídio: as promoções não são reversíveis, assim como os salários.

¹³⁵ Concordamos com Portanova (2003, pág. 73), para quem: “A ideia de neutralidade judicial está a merecer uma discussão mais explícita, pois, pouco a pouco, criou-se o sentimento difuso de que os juízes são funcionários especiais do Estado, e não membros do poder político (...).

todo o Brasil vemos frequentes atividades de desagravo público¹³⁶ em favor dos advogados.

É claro que essa relação, muitas vezes tensa, entre advogados e juízes tem implicações no funcionamento discursivo. Ou ainda: talvez a tensão seja decorrente do funcionamento discursivo da esfera. O advogado *pede*, o juiz *concede*; o advogado *pleiteia*, o juiz *defere*; o advogado *requer*, o juiz *acolhe*, *ordena*, *manda*. O advogado *aguarda* deferimento; o juiz: *intime-se!* *Cumpra-se!* *Registre-se*.

Pela função exercida por cada um, pelo papel na cena, natural que encontremos dinâmicas discursivas próprias, inclusive com um léxico particular. No caso do advogado, trata-se, pois, de um discurso eminentemente argumentativo, com fins de persuasão. É o advogado que tenta convencer o juiz ou a corte a dar provimento ao pedido, e como consequência, afastar a tese contrária: “Cada um em busca do argumento que possa conquistar maior adesão social” (BARROSO, 2012).

O advogado, então, como profissional liberal cuja vinculação ideológica se dá por vias menos claras, tem um compromisso com suas crenças íntimas, na medida em que elas são ou não importantes para si mesmo. É possível imaginar a possibilidade em que um advogado seja contratado para assessorar em uma união estável homoafetiva, ainda que, intimamente, não seja favorável – seja por suas crenças religiosas, seja por um dogmatismo jurídico. Nesse contexto, a escusa certa seria a evocação tautológica, mas eficiente, que “trabalho é trabalho”. É assim também que o profissional que presta serviços a um criminoso confesso, tranquiliza sua própria consciência: há de se observar o direito à defesa. E à melhor defesa¹³⁷.

Em última análise, o cliente/jurisdicionado poderá sempre buscar um profissional que comungue de suas visões de mundo e possa atendê-lo. O inverso do que se dá quando se submete ao judiciário. O juiz da causa é sorteado dentre os competentes para aquele julgamento.

Além disso, caso distinto se dá no âmbito da magistratura. As manifestações públicas dos juízes, suas vinculações religiosas, ideológicas, partidárias, e de toda sorte de naturezas, repercutem diretamente na formação do seu convencimento quando num julgamento.

¹³⁶ É a medida que pode ser efetivada pelo Conselho Seccional da OAB em favor de advogado que tenha sido ofendidos no exercício da profissão ou em razão dela. Grande parte dos ofensores são juízes.

¹³⁷ Não há aqui nenhum juízo de valor.

Em matéria publicada no Jornal Gazeta do Povo, repercute-se recente estudo realizado pela UFPR que demonstra que as sentenças judiciais se formam, na prática, de um modo contrário do que aquele ditado pela *boa técnica*. Os juízes primeiro decidem, motivados por suas orientações pessoais, e depois, decididos, buscam no repertório jurídico a fundamentação para seus juízos. Não significa dizer que as orientações pessoais, por conta da formação do sujeito, não sejam carregadas e atravessadas pela técnica (por uma certa lógica do direito, pela teoria), ainda que de algum modo mais intuitivo.

Moser (2012) diz que:

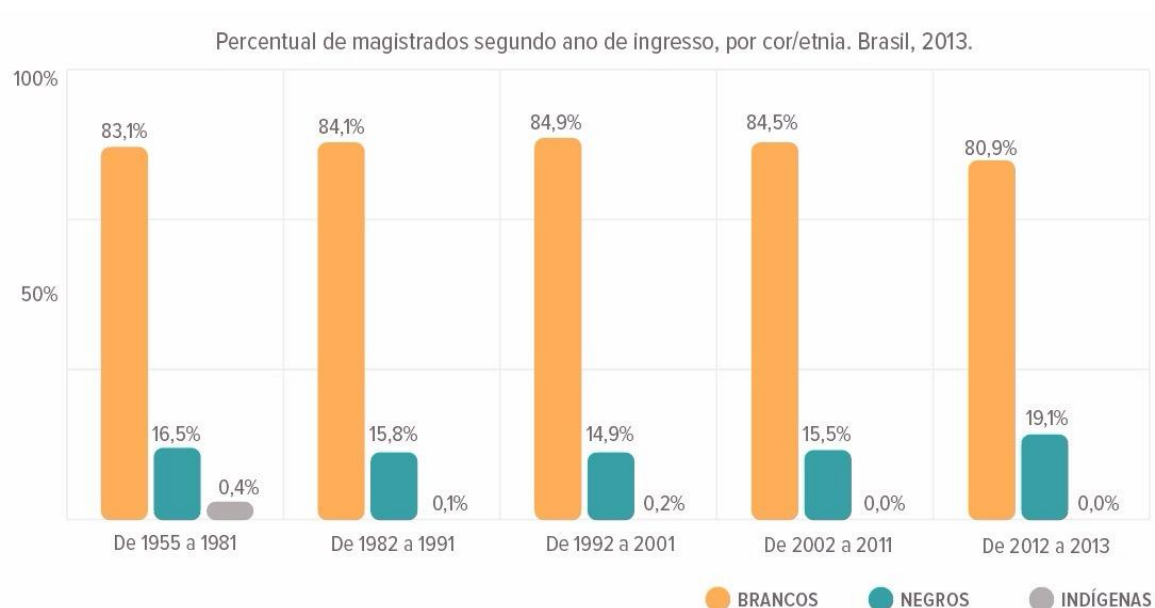
Para Gabardo, entre os magistrados há uma busca da sentença que faça Justiça no caso concreto, em detrimento de decisões que procurem justificar teorias doutrinárias. A mesma constatação é feita na prática diária por advogados que percebem que alguns entendimentos de tribunais variam de caso para caso, de julgador para julgador, e, em alguns casos, de dia para dia (MOSER, 2012).

O desembargador do TJPR, José Mauricio Pinto de Almeida, entrevistado na matéria, afirma que a carga cultural e a formação do magistrado são fundamentais para o processo de formação do convencimento.

Da constatação óbvia da inscrição do sujeito em uma historicidade subjetivadora (importando para isso, inclusive a “forma de recrutamento com seus modos de seleção e ideias básicas e a qualificação profissional de detentores de um tipo específico de saber” [PORTANOVA, 2003, pág. 71]) surgem duas consequências: 1) as motivações das sentenças estão relacionadas à classe, a formação, a idade e à coloração ideológica do juiz; e 2) resta desmentida as ideias de neutralidade e equidade. Àquele que se diz neutro vincula-se, de fato, a valores de conservação. Para Portanova (2003), esses valores se ancoram no capitalismo, no machismo e no racismo que insistem em resistir ao tempo.

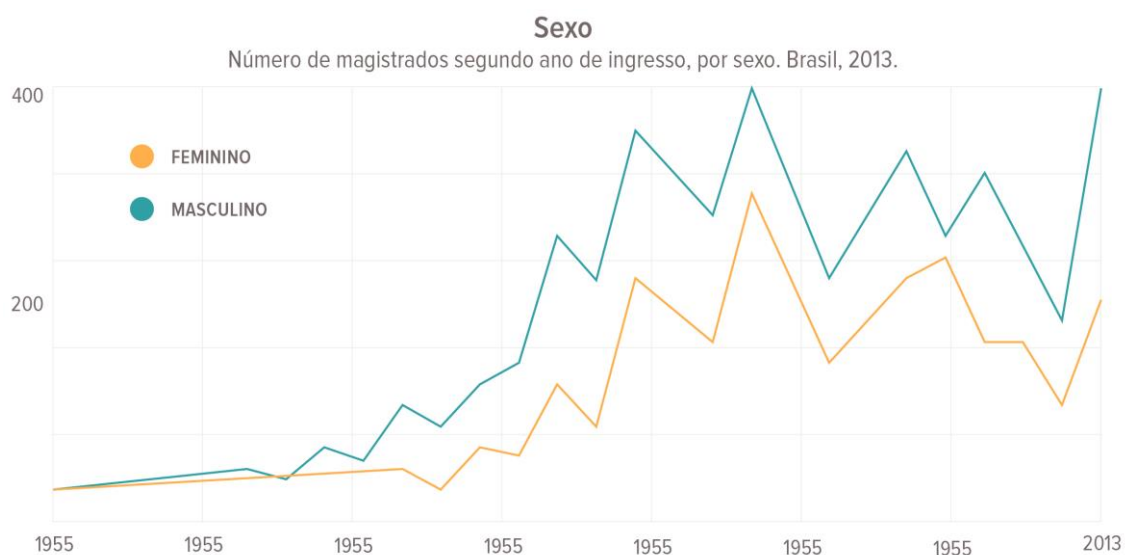
Quanto aos benefícios sexistas e raciais, pesquisas realizadas pelo CNJ são capazes de aferir e fazer a medição conforme gráficos abaixo; quanto ao capitalismo, não exigiria muito engenho admitir que esses espaços de benefícios – tanto pela cor quanto pelo sexo – estão sendo viabilizados pela via do poder econômico, capaz de manter restrições históricas. O capitalismo parece ser da ordem da conservação, posto que, aqueles que detém os meios (da produção, do saber etc.), não parecem pretender rasgar na carne e partilhar espaços:

FIGURA 5 – GRÁFICO DO QUADRO DE MAGISTRADOS POR COR/ETNIA



FONTE: Adaptado de CARTA CAPITAL (2017)

FIGURA 6 – GRÁFICO DO QUADRO DE MAGISTRADOS POR SEXO/GÊNERO



FONTE: Adaptado de CARTA CAPITAL (2017)

Além dos dados de sexo e cor, lembra Portanova (2003):

Pessoais são ainda as motivações que interferem via simpatia ou antipatia por uma parte ou testemunha, interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível,

afetos, ódios, rancores, convicções, fanatismos, paixões, contidas ou não, predileções. Em suma, neste plano das motivações englobam-se ‘todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência’ (citando Cappelletti, 1981, pág. 17 no original) (PORTANOVA, 2003, pág. 16).

Uma das diferenças importantes decorre da força perlocucionariedade dos magistrados em atuação. As enunciações fazem coisas no mundo

cite-se a discussão sobre como os juízes brasileiros se apropriaram erroneamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise face a nova Constituição federal de 1988, principalmente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Robert Alexy, na qual uma “ponderação de princípios” é utilizada meramente para que o juiz dê sua opinião pessoal sobre o problema (GABARDO, 2013, pág. 168).

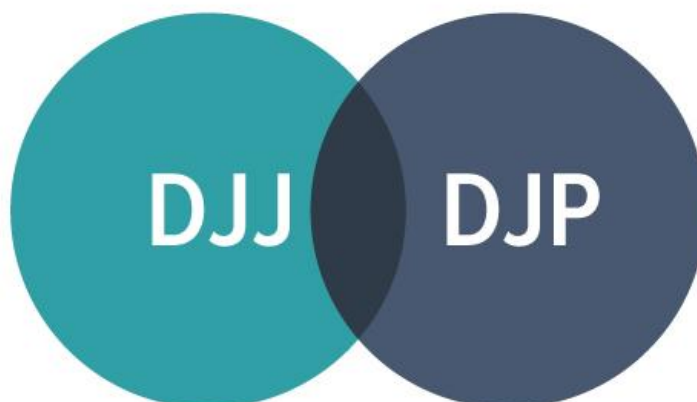
Além dos mencionados protagonistas, no funcionamento do DJJ, especialmente os assessores dos julgadores exercem papel fundamental. Toda a cadeia de servidores do judiciário, responsável pelos encaminhamentos burocráticos da imensidão de processos, realização de audiências, organização de pautas, publicações dos atos e intimações, controle de prazo etc. Esses impulsos no andamento do processo carecem de uma horda de servidores que, muitas das vezes, desempenham papéis muito próximos aos do próprio magistrado, sem, contudo, estarem autorizados para tanto.

6. DO DISCURSO JURÍDICO PEDAGÓGICO

Num primeiro momento tem-se a sensação que o DJP funciona como um coadjuvante no discurso jurídico, já que a lei e a jurisprudências parecem desempenhar papel de maior importância. Porém, como se viu ao longo desse trabalho, as discussões originadas nessa esfera são fundantes, porque interferem diretamente na esfera do DJ Legislativo e do DJ Judicial.

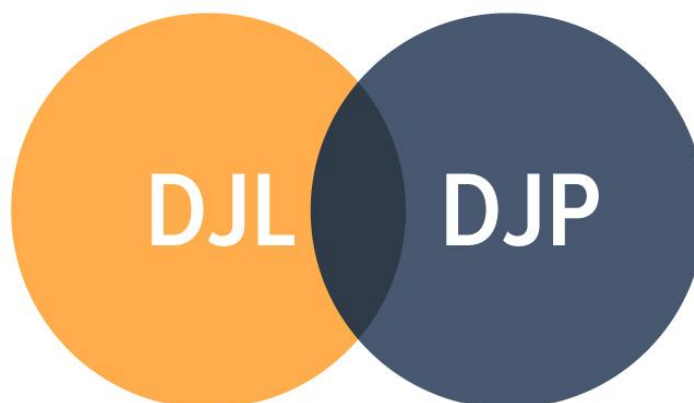
Percebe-se uma diferenciação da estrutura da linguagem nessa esfera. O que nas demais se constitui com uma linguagem eminentemente prescritiva, nessa parece ser muito mais descritiva, desempenhando a função analítica da esfera.

FIGURA 7 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 2



FONTE: A autora (2017)

FIGURA 8 – AUTONOMIA E DEPENDÊNCIA 3



FONTE: A autora (2017)

6. I - ESFERA

Na esfera pedagógica podemos pensar em uma espécie de *avatar* de gênero. Uma reprodução dos gêneros das outras esferas, porém, com outro funcionamento. Um deslocamento do DJL ou DJJ que se apresenta para fins que não são os seus próprios¹³⁸, pela via da utilização para fins didáticos. Em outras palavras: um gênero como a lei, por exemplo, tem a função/finalidade de ser lida como uma lei (prescritiva/sancionatória, com vigência, território de validade etc.), mas assume uma função avatar quando transita da esfera do DJL para o DJP, posto que não terá sua função principal, mas uma *outra*.

Trata-se das produções que se originam a partir de um núcleo genérico de maior *valência*. Ou seja, um núcleo genérico capaz de originar gêneros dele decorrentes e vinculados – os avatares. O exemplo clássico utilizado por Maingueneau é o debate eleitoral. Sua função é justamente o debate entre os candidatos, para dar a saber ao eleitorado suas propostas, posições, projetos. Quando esse gênero é reproduzido para que ocorram as análises, repercussões, discussões, trata-se do *avatar* do gênero, que tem dentre suas características primeiras (o embate direto e simultâneo, por exemplo) esvaziadas pela

¹³⁸ Assumindo aqui que os fins próprios do DJL sejam aqueles da esfera legislativa, assim como os do DJJ sejam aqueles da esfera judiciária. Remetemos às discussões havidas em cada um deles.

reprodução, assim como a finalidade - *dar a saber projetos*, por exemplo, é alterada para *análise de performance* do candidato. Aqui fazemos o mesmo deslocamento: a lei – cuja função é *ser lei*, se altera para *ser um texto objeto de análise, críticas, estudos* etc. (MAINGUENEAU, 2014, pág. 69).

É claro que o campo dos estudos, o campo que não é aquele diretamente envolvido nos resultados do gênero (grosso modo: lei – prescrever e regular; sentença – dar veredito; petição – requerer algo em juízo) é de fundamental importância para o desenvolvimento e para o funcionamento do discurso jurídico de modo amplo. No entanto, percebe-se que se esvazia de poder perlocucionário típico, esvazia-se de capital simbólico do campo do direito, para, receber – a bem e a mal – as características dos discursos pedagógicos em geral. Nesse sentido, a esfera forja o discurso de modo particular, na medida em que não considera os elementos da prática técnico profissional, para se alinhar mais aos discursos acadêmicos.

O ideal de Justiça como um ente filosófico que ilumina o campo é mais presente nessa esfera do que na prática técnico-profissional. O discurso, então, ganha uma densidade cuja legitimidade é advinda da própria academia – *topos* de circulação mais imediata dessa modalidade -, e não como um mecanismo social de atuação direta e de resultados práticos mais perceptíveis e visíveis. Para ilustrar, remetemos à discussão feita sobre as decisões contra a lei. Como se viu, não é raro encontrar decisões explícita e expressamente *contra legem*. Na esfera pedagógica, contudo, essas decisões são atribuídas a uma ideia de justiça *versus* injustiça¹³⁹: “Trata-se de um fenômeno excepcional, que exige o alcance de uma pretensão de justiça no caso concreto” (STARLING, 2012), ou ainda “a possibilidade da decisão *contra legem* se manifesta quando a aplicação de uma regra jurídica ocasionar transgressões de princípios considerados importantes dentro do ordenamento jurídico, implicando ao caso concreto verdadeiras injustiças” (ARIVABENE, 2014).

Isso nos remete diretamente à legitimação da esfera, que se dá de um modo peculiar, conforme veremos.

6. II - FONTE LEGITIMADORA

¹³⁹ Os dois exemplos que trazemos são fruto de pesquisa aleatória em banco de dissertações e teses e artigos publicados sobre o tema. A função aqui é apenas exemplificar que no DJP a noção de justiça aparece de modo diverso do que no DJJ.

Nessa esfera, ao contrário do que já vimos nas outras, a legitimação se dá pela via do *saber* – e não por uma instituição, por exemplo. Isso porque, discutiremos melhor adiante¹⁴⁰, a validação decorre do reconhecimento dos pares na esfera. É claro que esse jogo é complexo, e o saber se modaliza, digamos assim, a depender da autoridade de quem fala. Vamos por partes.

Falamos aqui dos fatores que legitimam o discurso jurídico pedagógico e dizemos que o *saber* ou o *conhecimento* são as vias de legitimação. É claro que se trata de um saber erudito, dominante e privilegiado, que pode estar na paridade hierárquica com as ciências (para não retomar a discussão sobre ser ou não ser ciência...)¹⁴¹. Streck, por exemplo, afirma infinitas vezes que não pode haver um intelectual bronzado¹⁴² e que a boa produção, no campo (e não apenas), só se dá a partir “do fator olheiras” (STRECK, 2014b). Isso aponta, em primeiro lugar, para o estudo e o engajamento intelectual como um caminho para a *boa produção*. Então, para que seja legítimo, é necessário que tenha substância, densidade e profundidade, tudo fruto do engajamento do sujeito no *conhecimento*.

Conforme previsto no art. 101 da CF/88, atribui-se importância ao *conhecimento* também para a investidura no cargo máximo do Poder judiciário: *o notório saber jurídico*.

CF/88. Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
(*omissis*)

Sem entrar no mérito das *licenças poéticas*¹⁴³ que cabem aí, aparentemente, para o campo como um todo, o conhecimento é alçado há algum grau de validação – e não necessariamente um *saber* acadêmico – não se trata de um título de doutoramento, ou

¹⁴⁰ Remetemos à discussão sobre os gêneros e atores que fazemos no item 6.III e 6.V, pág. 133 e seguintes.

¹⁴¹ A consequência imediata é que outros saberes são diminuídos, outros sujeitos de conhecimento são alijados (Cf. Foucault, 1979).

¹⁴² Citamos: “(...) porque não há pedagogia sem dor. Não há intelectual bronzado (é uma metáfora). Nem intelectuais-periguetes (os e as). No Direito, “pireguetear” não é preciso (apesar da paráfrase, permaneço aqui no nível apofântico — e a palavra “preciso” deve ser entendida em sua ambiguidade). E, fundamentalmente, não há a mínima possibilidade de avançarmos na melhoria do ensino jurídico enquanto a literatura utilizada for composta por um produto *pret-à-porter*, *pret-à-parler* e *pret-à-penser*”. (STRECK, 2014b)

¹⁴³ Bourdieu (2003) afirma que essa é uma grande armadilha. Crer na falácia da virtude do magistrado, ou na ideia de conduta ilibada é parte da manifestação da “piedosa hipocrisia” para o exercício da violência simbólica pelo Direito.

pesquisas assim ou assado, ou acompanhamento de pesquisadores, atuação como palestrante, professor. O notório saber funciona por si: há ser notório e há que ser saber.

É assim também quando observamos a doutrina. Claro! É o doutrinador que pessoalmente vai receber a valoração do saber – trata-se, então de uma validação pessoal. Não é requisito que o doutrinador tenha uma função jurisdicional, mas que seja um *pesquisador*. Ou melhor: um *estudador*.

Assim como na literatura, o cânone é ditado pelos pares, por quem já detenha um lugar de fala de privilégio, que o autorize a pautar. Para Bourdieu (2007, pág. 219), o “cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos atos jurídicos singulares”.

Para a produção de qualquer enunciado válido nessa esfera, antes de uma análise de conteúdo propriamente dita, antes de uma verificação de consistência, coerência, rigor científico ou coisa que o valha, há uma validação anterior (ou no máximo, concomitante) que se dá pela via da autoria.

Interessante observar que, nesse contexto de controle da *boa doutrina*, haja no campo a disseminação tão robusta da cultura dos manuais e resumos. Embora não seja validada pela esfera, o espaço ocupado por essa modalidade é cada vez maior, e ser um *best-seller* projeta o autor a um patamar de respeitabilidade, ainda que, seja de sua lavra apenas uma coleção de resumos.

O conhecimento, então, é um elemento que deve ser (re)conhecido pela esfera e pelo campo. O autor precisa de uma espécie de autorização do campo para a sua produção, e isso, claro, se dá de muitas maneiras – nenhuma delas clara e transparente: “por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber” (FOUCAULT, 2009).

Bourdieu (1996) afirma que, como em qualquer mercado, há uma lei de formação de preços dos discursos (no mercado linguístico), que leva em conta o valor do falante no contexto social, e não se vincula somente a sua capacidade linguística – “é toda uma estrutura social que se faz presente em cada interação” (BOURDIEU, 1996, pág. 54), e se nas demais esferas o valor simbólico também se forma pelo valor simbólico da instituição a que se vincula o sujeito, nessa, ao contrário, migra para uma *pessoalidade*, uma ideia de

autor/enunciador passa a ganhar relevância. É quando o “porta-voz dessa fala legítima possui um capital simbólico acumulado¹⁴⁴” (BOURDIEU, 2007, pág. 89).

6. III - CENA GENÉRICA: GÊNEROS CENTRAIS E PERIFÉRICOS

Nessa esfera parecer haver um ruído maior quando na classificação dos gêneros centrais e periféricos. Em verdade, não é o gênero em si que ocupa essa posição, mas ele está atrelado a uma legitimidade dada pelo seu autor. Aplicando-se o critério qualitativo e quantitativo os gêneros ligados à doutrina (podem ser um sem número, adiante exemplificaremos) seriam os centrais, incluindo-se aí a legislação comentada; por outro, temos a existência dos manuais que têm características especiais.

A definição clássica de doutrina explica que se trata “del cuerpo de doctores constituido en cuerpo de "doctrina" (BOURDIEU, 2001, pág. 166)”, ou ainda¹⁴⁵, em outros termos:

La doctrine est composée de juristes qui, par la publication de leurs opinions sur les phénomènes juridiques, construisent un ensemble explicatif de l'ordre juridique; elle comprend une doctrine universitaire et, dans la mesure où elle se livre à un travail de science du droit, une doctrine organique (LOISELLE, 2000, pág. 202).

Vale ressaltar que esse corpo de doutrina não é, por certo, unitário e coeso. Loisel (2000) ressalta que:

Largement fondée, cette approche unitaire, irénique, ne saurait cependant occulter les contradictions, les rivalités, les polémiques qui travaillent la doctriné. En effet, une des caractéristiques du groupe formé par les juristes de doctrine est son morcellement; comme tout groupe scientifique, il est travaillé par des rivalités internes; celles-ci sont d'autant plus importantes qu'elles se superposent au découpage du savoir juridique en branches distinctes, relativement autonomes. Les analyses qui constituent la dogmatique juridique ont donc souvent pour toile de

¹⁴⁴ E poderíamos supor quais sejam os fatores que impliquem na acumulação de capital simbólico pelo sujeito, como o corte econômico, por exemplo. Porém, salvo os indicativos que trazemos esparsamente ao longo do texto, deixaremos essa tarefa fora do nosso escopo.

¹⁴⁵ Nos termos do ministro Ayres Brito, que pelo hiperônimo assim se refere: Sucede que não foi somente a **comunidade dos juristas**, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo [homoafetividade] (BRITO, Ayres, 2011).

fond des conflits scolastiques. (...) il a toujours fait l'objet de définitions irréductiblement antagonistes, engageant des épistémologies du droit largement incompatibles (LOISELLE, 2000, pág. 203).

A doutrina, além disso, funciona como relativamente independente e autônoma – ela pode dizer (e provar!), por exemplo, que uma dada lei é inconstitucional, e que, portanto, não poderia (em tese) fazer parte do universo jurídico. Seu alcance, é, entretanto, limitado. Não tem a doutrina legitimidade para *declarar*¹⁴⁶ a inconstitucionalidade, mas apenas para apontá-la, discuti-la. Nessa esfera, então, o poder perlocucionário das falas é restrito apenas à esfera. A doutrina pode discutir que, em dado caso concreto, o sujeito deveria ter sido condenado (transitando pedagogicamente a uma enunciação do DJJ), ao invés de absolvido, mas não tem a força perlocucionária para absolvê-lo.

Nesse cenário de disputas e debates, tem-se, pois, como função da doutrina, o aperfeiçoamento do sistema jurídico, o que decorre das três acepções possíveis para o termo:

(i) é a opinião de certos juristas, unanimemente respeitada e consolidada no tempo, que ganhou força normativa por ato do soberano, tornando-se verdadeira fonte do Direito; (ii) é o conjunto de princípios extraídos das decisões judiciais, por meio de indução, que se tornam aplicáveis a outros casos, como autênticos modelos; (iii) é o ensinamento dos mestres (magister) da ciência do Direito, proferido em razão de sua autoridade universitária ou de seu reconhecimento pelos pares como saber digno de acatamento uniforme e reiterado (RODRIGUES JUNIOR, 2010).

Os gêneros centrais da esfera, portanto, são aqueles manejados por esse corpo de atores – sujeitos do discurso autorizados a *doutrinar*, conforme a definição de doutrina. A questão aqui é que o *layout* é menos óbvio. Em outras palavras: a doutrina pode lançar mão de diversos gêneros diferentes para fazer doutrina. Então o que vai definir o pertencimento a esse gênero é muito menos a forma do que o conteúdo. Nesse sentido, via de regra e pela *ideal* função, cabe à doutrina:

(i) criar o Direito, quando transforma a regra em outra regra, após sua interpretação; (ii) sistematizar o Direito, por meio de constructos teóricos, que procuram agrupar instituições, províncias e figuras jurídicas, por diferentes métodos (aproximação específica, comparatismo, pandectismo, tópica); (iii) reformar as leis e as instituições jurídicas, por meio de estímulos ao legislador, o que se faz com grande superioridade pela

¹⁴⁶ Nesse exemplo caberia exclusivamente ao Discurso Jurídico Judicial, especificamente, aquele proferido no STF.

doutrina, dada a vantagem de pensar o Direito de modo sistemático, teórico e descompromissado com elementos circunstanciais; (iv) influenciar e criticar as decisões jurisprudenciais, servindo-lhes de fundamento e de meio de reflexão; (v) controlar a atuação judicial, o que deveria ocorrer pelas críticas nos fóruns acadêmicos, simpósios, congressos, livros e ensaios; (vi) criar novos institutos e figuras jurídicas, muita vez a partir da elaboração racional ou da observação dos fenômenos (RODRIGUES JUNIOR, 2010).

Assim, essa produção pode se dar por meio de artigos (publicados em jornal ou veículos *jurídicos*), livros, teses, dissertações, comunicações em evento, debates públicos, palestras, aulas, relatórios, pareceres, e toda a sorte de difusão – desde que sua produção (autoria) seja reconhecida pelos pares. Isto quer dizer que os requisitos acima devem estar presentes, mas presente também deve estar o *prestígio* do sujeito de discurso, que seja reconhecido como alguém que faz parte do *corpo de doutores*. Bourdieu (1996) afirma que o capital simbólico depende do reconhecimento, institucionalizado ou não, que recebem do grupo.

Questão relevante que se apresenta na esfera é a produção de um gênero específico que parece trazer muita controvérsia: o manual. Sua função é clara no ensino – tanto em universidades como em cursos preparatórios para concursos –, esse gênero é um tipo de *doutrina simplificada*, como um resumo, cujo conteúdo deve ser menos complexo, menos profundo e menos reflexivo.

Se, por um lado, o manual é altamente vendável, parte relevante da doutrina tece críticas severas, já que propõe uma simplificação da teoria. Esse movimento se dá em decorrência da corrida pelos concursos públicos na carreira jurídica, que oferecem salários muito acima da média, com a estabilidade do serviço público. Em regra, as provas são objetivas e, talvez por esse modelo, os conteúdos cobrados demandam pouca reflexão. Facilmente encontramos no rol das “dicas” para concurseiros¹⁴⁷, modos de *memorizar* e

¹⁴⁷ Citamos avaliação de Streck (2013b) sobre o tema: “Há anos denuncio a fórmula dos concursos públicos. Há anos denuncio a indústria que se formou *alrededor* dos concursos públicos. Venho dizendo, com a maior explicitude possível, que parcela considerável dos concursos públicos se transformou em *quiz show*, como se fosse um conjunto de pegadinhas para responder coisas que só assumem relevância porque são ditas pelos professores de cursos de preparação para ingresso nas diferentes carreiras do serviço público (mormente na área jurídica). É um círculo vicioso e não virtuoso. Os concursos repetem o que se diz nos cursinhos, um conjunto de professores produz obras que são indicadas/utilizadas nos cursos de preparação, que por sua vez servem de guia para elaborar as questões que são feitas por aqueles que são responsáveis pela elaboração das provas (terceirizados — indústria que movimenta bilhões e os próprios órgãos da administração pública)” (STRECK, 2013b)

decorar o conteúdo. A maior parte das dicas, diz respeito a esquemas mnemônicos – repetição leva a memorização; fazer resumos ajuda na fixação¹⁴⁸.

De acordo com a lista de livros mais vendidos no Direito, disponível na livraria Saraiva¹⁴⁹, 4 dos 10 primeiros são manuais de concurso ou direito simplificado. Nesse cenário, o manual ocupa gênero central já há alguns anos.

Para Streck (2006), tal situação é o sintoma de uma crise no ensino do Direito, bem como, nas suas práticas. É o que ele chama de ensino *fast food*, que realiza e entrega a *macdoldnização* do ensino (STRECK, 2014). Citamos:

Simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição essa crise. Há, pois, um profundo déficit de realidade. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, ou nos próprios manuais, estão desconectados daquilo que ocorre em uma sociedade complexa como a nossa. Além disso, essa cultura estandardizada procura explicar o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais (STRECK, 2006).

Rodrigues Junior (2010), na mesma linha de Streck (2006, 2013, 2014, 2016), identifica a crise do ensino com a da doutrina, e afirma que “à semelhança de ocorrências do passado, a situação atual tem por ingredientes a má-formação e a seleção dos juristas e docentes, o pragmatismo e o avanço do Estado sobre a liberdade do povo em criar o Direito” (RODRIGUES JUNIOR, 2010). Em meio às severas críticas, o exemplo trazido por Streck (2013) é jocoso, mas denuncia a seriedade da situação¹⁵⁰:

Para não dizer que sou um exagerado e que sou implicante: no livro Direito Constitucional Facilitado, no comentário ao parágrafo 1º do artigo 13, da CF (são símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais), os autores alertam para o “relevante” fato de “as armas” tratadas no aludido dispositivo referem-se... ao brasão

¹⁴⁸ Como podemos ler nas dicas aos concursandos dadas por uma *especialista em concursos*, no site mais acessado do tipo, de abrangência nacional. Disponível em <https://jcconcursos.uol.com.br/portal/noticia/concursos/artigo-claudia-jones-mundo-dos-concursos-37421.html>. Acesso desde janeiro/2017.

¹⁴⁹ Destaque-se, ainda que, dois são compilados de legislação, restando na lista apenas 4 referentes à teoria. Lista disponível em: <http://www.saraiva.com.br/promocoes/livros/livros-direito>. Acesso em abril/2017.

¹⁵⁰ Sempre ácido, outro exemplo que é recorrentemente referido por Streck (2006) já desde há muitos anos, ilustra perfeitamente o estado da arte, citamos: Não faz muito tempo, em um importante concurso público, foi colocada a seguinte questão: Caio quer matar Tício (sempre eles), com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (igualmente com veneno, é claro!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (**na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de como o idiota do Tício bebe as duas meias porções de veneno**). Em consequência da ingestão das meias doses, Tício vem a perecer... Daí a relevantíssima indagação da questão do concurso: Qual o crime de Caio e Mévio? Muito relevante; deveras importante...! Qual seria a resposta? Nossos tribunais estão repletos de casos como este” (STRECK, 2006, grifos no original).

e não às armas de fogo. Ah, bom! Bingo! Genial! Alvíssaras! Por isso é que esse livro vende tanto! (STRECK, 2013).

Pela representatividade desse gênero (o manual) – tanto do ponto de vista quantitativo quanto pelas polêmicas que o envolvem, classifica-se como um gênero central. Os gêneros periféricos, então, podem ser todos aqueles que produzem e difundem as questões doutrinárias, sem, contudo, serem manejados por um sujeito reconhecido pelos seus pares como pertencente ao corpo doutrinário.

Os mesmos gêneros, portanto, podem ocupar a posição de centrais e periféricos, a depender do valor simbólico atribuído à produção, pela via do valor atribuído ao sujeito do discurso.

6. IV – MOVIMENTO

(Um metaexemplo do DJP é justamente o uso que fazemos da transcrição da Ata de Audiência¹⁵¹ quando discutimos movimento no DJJ. A Ata de Audiência se despe de sua finalidade [produzir provas, esclarecer pontos do processo ou coisa que o valha], para ser o *avatar* de si mesma e servir de base de análise, estudo, discussão).

Os movimentos que identificamos nessa esfera são verticais: o DJP dirige-se ao DJJ e ao DJL. No primeiro caso, os gêneros produzidos pela doutrina são tomados pelo DJJ com a finalidade de se produzir legitimidade. É um uso como um argumento de autoridade. O saber que valida a esfera é transportado para validar também a tese ou ponto de vista dos advogados e dos juízes:

Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. **O vocábulo foi cunhado** pela vez primeira na obra “*União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “*Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade'*” (BRITO, Ayres, 2011, *itálicos no original*).

¹⁵¹ Disponível na íntegra do anexo X.

Ao afirmar que o **vocábulo foi cunhado** no seio da doutrina (desembargadora e jurista¹⁵²), autoriza-se seu uso – e inclusive sugere o uso de modo preferencial.

Via de regra as citações são diretas, outorgando ao *autor* a autoridade e validade – não raro também, os autores são fortemente elogiados. Isso significa dizer que há expressões usadas para introduzir a citação direta que hiperbolizam o valor ou do autor ou do conteúdo citado. No STF, por exemplo, ao citar um colega ministro, é regular o uso da expressão “Eminente Ministro”¹⁵³, ou uma referência bastante generosa e elogiosa, conforme vemos nos exemplos extraídos do voto do min. Ayres Brito (2011) quando trata de “tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e **versada com pena de mestre** pela Ministra Ellen Gracie (...)”, ou da sustentação oral do então advogado Dr. Luis Roberto Barroso (2012): “como observou, com a sensibilidade costumeira, o ministro Carlos Ayres”.

Como demonstrado na figura 3, observamos que o movimento horizontal se dá preponderantemente dentro da esfera, com pouco expressividade de movimento para dentro e para fora. Isso porque os enunciados geradores são internos ao campo, e a repercussão, igualmente interna. Em outras palavras: o que se produz nessa esfera circula para as outras esferas, mas pouco sai do campo.

6. V - ATORES

Sendo a doutrina a emanadora dos gêneros centrais, natural que os protagonistas dessa esfera sejam os doutrinadores e os juristas professores. Não é requisito que o doutrinador seja um professor (vinculado a uma instituição de ensino necessariamente), o fazer doutrinário é já, digamos, professoral. Para não fugir à regra, nesta esfera há também uma infinidade de atores coadjuvantes, como por exemplo, os revisores legais¹⁵⁴, os alunos, os organizadores de eventos jurídico-acadêmicos etc.

¹⁵² Destacamos aqui a diferenciação feita pelo ministro de “**desembargadora**” e “**jurista**”, remetendo para a discussão havida na seção “6.V” em que dizíamos que para fazer parte do corpo doutrinário, não é requisito apenas a carreira – desembargadora – mas também a qualidade de estudiosa do Direito – aqui, jurista. Essa citação corrobora a existência dessa diferença.

¹⁵³ É claro que as vezes, como vimos, o sentido desejado é a ironia, potencializada pelo uso da expressão corrente e usada, quase sempre, com seriedade.

¹⁵⁴ É um tipo de função exercida em editoras especializadas, que se ocupam de fazer uma revisão de consistência da obra a ser publicada. Isso significa dizer que cabe a esse revisor checar a vigência das leis

Embora tenhamos discutido a doutrina – como propagadora dos gêneros centrais –, nos cabe agora olhar para aquele que a maneja: o doutrinador. Diz-se tradicionalmente que é doutrinador aquele jurista qualificado, reconhecido pelos seus pares. E como explica Rodrigues Junior (2010), juristas são:

Os jurisconsultos, jurisprudentes, na linguagem antiga dos romanos. Os homens de grande **conhecimento** do Direito, que **estudaram** sua natureza, seus **fundamentos**, suas **normas**, sua **história**, e, além disso, **compreendem** a interação dos **elementos axiológico e fático** com o elemento normativo. Objetivamente, ter-se-iam nesse grupo os **professores** de Direito; os **autores** de obras jurídicas e os **juízes** ou os **legisladores**, quando escrevam **na qualidade de estudiosos** do Direito e não pela autoridade que o Estado lhes conferiu (RODRIGUES JUNIOR, 2010).

Da definição proposta por Rodrigues Junior (2010), destacamos a relevância do *saber*: **conhecimento, estudaram, fundamentos, normas, história, compreendem, elementos axiológico e fático, professores, autores, qualidade de estudiosos**. Não basta, então, ocupar um dado cargo – como o de juiz, por exemplo, para ser alçado ao patamar de jurista, capaz de doutrinar, porque a legitimidade, nesse caso, não decorre da instituição a que o sujeito se vincula, mas do *saber* que detém.

O sujeito do discurso pode atuar em diversos papéis – pode ser um doutrinador, protagonista na esfera do discurso jurídico pedagógico, e advogado, protagonista na esfera do discurso jurídico judicial¹⁵⁵. No DJP, pelo contrário, temos uma forte marca do *ethos* e de um sujeito autor. É justamente, inclusive, a ideia de autoria¹⁵⁶ e de autorização construída por um cânone que torna um ou outro autor mais valorizado no seio da academia.

E, portanto, quanto à existência mais forte e marcada do *ethos*, da autoria e subjetividade, temos três mecânicas de funcionamento bastante diferentes, dentro do grande guarda-chuva nocional que o discurso jurídico alberga, em que, pelos menos duas

mencionadas e comentadas, verificar a doutrina consonante e dissonante, verificar a jurisprudência mencionada, dentre outras funções, buscando eventuais problemas.

¹⁵⁵ As combinações são todas possíveis: legislador e professor, juiz e escritor, procurador e palestrante. Inclusive, ocupando um papel principal numa esfera e um secundário em outra: Advogado e contador do Tribunal de Contas; juiz e autor de manuais etc. O que importa destacar é que em cada esfera o sujeito vai cumprir um papel, autorizado pela legitimidade dada pela esfera. Ao transitar para outra esfera, a legitimidade de sua fala migra também para o centro da outra esfera.

¹⁵⁶ Não vamos problematizar as questões de autoria nesse trabalho, salvo quando da discussão dos Discursos Constituintes que faremos adiante.

se opõe diretamente. Arriscaríamos propor uma linha em que nos extremos opostos estariam o DJL e DJP, e no meio, com as extremidades porosas, o DJJ.

FIGURA 9 – MARCA DE AUTORIA



FONTE: A autora (2017)

Existem gêneros que possibilitam uma emergência do estilo¹⁵⁷ de forma mais explícita, tais como os gêneros literários; outros gêneros, tais como os requerimentos ou memorandos mascaram o trabalho do sujeito por meio do apagamento dos traços de singularidade impostos pela padronização ou impessoalidade requeridos ao gênero. Quanto mais à esquerda da linha proposta, observamos um *ethos* menos vigoroso e marcado pela via do estilo, com menor autonomia, ao passo que quanto mais à direita, encontramos textos mais livres quanto ao estilo, com autoria mais marcada, com um *ethos* e uma voz mais vigorosos¹⁵⁸.

Essa mesma linha poderia ser representativa daquilo que chamamos de força, ou dureza, ou *força perlocucionária*, dada pela vinculação institucional – os enunciados produzidos no polo do DJL são mais *legitimados* que aqueles do extremo oposto – a academia. No meio, ficam aqueles produzidos no seio do poder judiciário.

¹⁵⁷ Compreendido sucintamente como o produto de um trabalho do enunciador.

¹⁵⁸ Remetemos ao exemplo trazido no anexo IX.

7. CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

7.I - UM DISCURSO CONSTITUINTE?

A partir das discussões já articuladas e, especialmente demarcadas as diferenças das esferas, é necessário agora buscar os universais de funcionamento que possam justificar, em alguma medida, a ideia inicial de que o discurso jurídico seja de fato composto como o descrevemos. O exercício da prova dos nove é justamente pensar no caminho inverso. Desfeita a falsa noção de homogeneidade, agruparemos novamente as esferas, para propor uma linha que efetivamente as una.

O dispositivo teórico que permite essa possibilidade é o postulado do *discurso constituinte* (DC) proposto por Maingueneau (1995, 2008, 2010), que estabelece a hipótese de que esses discursos compartilham um certo número de restrições a suas condições de emergência e funcionamento (MAINGUENEAU, 1995, pág. 112, tradução nossa¹⁵⁹).

Para o linguista francês, “sont constituants essentiellement les discours religieux, scientifique, philosophique, littéraire, juridique (MAINGUENEAU, 1995, pág. 113)”. O que nos resta fazer é compreender como o discurso jurídico funciona como um discurso constituinte. Vale dizer que em texto publicado originalmente em 2002¹⁶⁰, o autor não inclui expressamente o discurso jurídico no rol dos discursos constituintes, mas considera ali apenas o filosófico, o religioso e o científico, ou, em outro momento do texto, “religião, ciência e literatura” (MAINGUENEAU, 2008b, pág. 140). É possível que seu posicionamento tenha mudado desde a primeira visada, já que a proposta vai sendo revista e aprimorada. Contudo, no mesmo texto, o autor afirma que

Situar-se como um enunciador de um texto constituinte não é falar em seu próprio nome, mas seguir o traço de um Outro, no qual se personificam a Tradição, a Verdade, a Beleza... Ao escritor inspirado por alguma Musa fazem eco o pregador habitado pelo Espírito ou o redator do Código Civil, porta-voz casual da voz do Povo (MAINGUENEAU, 2008b, pág. 141).

¹⁵⁹ No original : « c'est faire l'hypothèse que ces discours partagent un certain nombre de contraintes quant à leurs conditions d'émergence et de fonctionnement ».

¹⁶⁰ Trabalhamos aqui com a tradução, **O discurso das organizações internacionais: um discurso constituinte?**, (Maingueneau, 2008b), publicado originalmente em 2002, no *Nouveaux Cahiers de l'IUED*, 13. Paris: PUF, 2002, pág. 119-132.

Por isso cremos que, em verdade, cada rol de *constituintes* citado é exemplificativo e não exaustivo, podendo-se admitir que religião, ciência, literatura e filosofia, assim como o Direito, funcionam como territorialidades originárias do discurso constituinte. Tentaremos traçar as características para cotejá-las com o que discutimos no trabalho.

Trata-se de um tipo de discurso que supostamente é dotado de maior autoridade, ou seja, que no seio da vida social, é chamado como um discurso último, que “ao se confrontarem com um Absoluto, conferem sentido aos atos da coletividade; aqueles para além dos quais não há mais do que o indizível” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 138), de tal maneira que entre as operações enunciativas que permitem a sua própria instituição “articulam-se a organização textual e a organização institucional, que ele, sempre, ao mesmo tempo pressupõe e estrutura” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 139).

É justamente o processo que percebemos na *constituição* da Constituição Federal: ao mesmo tempo em que a operação de enunciação institui essa discursividade, opera-se um tipo de criação/organização institucional que decorre dela própria.

Recuperemos o texto do Preâmbulo da CF/88:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte **para instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Chamamos a atenção para o início, em que **nós, representantes do povo brasileiro** funciona como a instauração de uma instância de *mediadores* que, ao mesmo passo, institui uma comunidade consolidada e legitimada pelos discursos que são o produto de si. **Nós**, então, indica tanto a pessoalidade dos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte (nominados ao final do documento), quanto também uma instância de representação e mediação entre o **povo brasileiro** e a instituição do próprio Estado – não se fala, pois, em seu próprio nome como autor, mas na especularidade de um Outro.

Maingueneau (2008) afirma que no discurso constituinte o “texto não tem autor no sentido usual; seu ‘autor’ apenas o é pelo fato de ser o ministro de uma Instância sem rosto”, e o mesmo movimento que separa qualquer ideia de autoria funciona para investir o texto de legitimidade e autoridade de tal sorte que ele passe a necessitar de um intérprete.

Como vimos ao longo do trabalho, a hermenêutica jurídica se reserva a alguns poucos que estão autorizados a fazê-la. A figura do intérprete e a operação da arqueologia pela busca da *vontade do legislador*, ou a operação enunciativa de *interpretação conforme* são a demonstração da inserção do discurso jurídico no quadro do Discurso Constituinte¹⁶¹.

É por isso que esses enunciadores especiais podem enunciar (e anunciar) que essa sociedade de que são porta-vozes é uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na (...)**, constituindo, pela enunciação, essa *comunidade discursiva* que existe somente nessa instância enunciativa e nos textos que as circunscrevem, constituindo verdadeiro estágio de autonomia radical, um *topos* discursivo particular.

Ao mesmo tempo *constitui* o Estado que, por sua vez, *legitima* esse produto *constituído*, dando a nascer uma potencialidade de enunciados vinculados a essa *fonte* do Absoluto. Pode-se dizer, ainda, que **nós, representantes do povo brasileiro** não funciona como um autor, mas como um ator na encenação da criação, num investimento imaginário.

Quando falamos em *autonomia* nos DC's não excluimos uma zona de interação entre os discursos constituintes e os não constituintes, ou mesmo entre os constituintes entre si. No Preâmbulo da CF/88, por exemplo, lemos **sob a proteção de Deus**, evocando-se o discurso religioso para a encenação da autonomia/interação, eis que, pelo conteúdo do texto, não se trata de legitimidade dada pela inserção do ente sagrado, mas, mera encenação do diálogo com outros centros de legitimação.

Os DC's têm uma função na produção simbólica de uma sociedade, na medida em que inauguram uma gama de enunciados possíveis, com sentido e significado dado pela figura do *intérprete*. Essa função, de arquivo (d'archéion), termo grego, remete tanto à ideia de arquivo ou fonte, quanto a de comando e de poder. Liga-se, então, ao trabalho de *fundação* do e pelo discurso, a determinação de um lugar associado a um corpo de enunciadores consagrados e uma elaboração de uma memória (MAINGUENEAU, 1995, pág. 113). É, pois, o arquivo, para Maingueneau, uma Formação Discursiva que determina as emergências e funcionamentos, restrições e alcances do discurso.

A característica básica de um DC é o seu estatuto singular de construir zonas de fala permeadas por outras, mas que as reivindicam todas para si, isso porque são ao mesmo tempo auto e heteroconstituídos. Para Bourdieu (2007) “o cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos

¹⁶¹ Para mais, cf. Maingueneau (2014c), especialmente no título “Discursos Constituintes e enquadramento hermenêutico”, sobre aforização e enigma.

atos jurídicos singulares” (BOURDIEU, 2007, pág. 219), promovendo a heteroconstituição. Reivindicar para si todas as outras zonas de fala que o permeiam, significa dizer que é um tipo de discurso que se constitui tematizando a sua própria constituição – e por isso, desempenha o papel de constituinte em relação aos outros discursos.

Bourdieu (2007, pág. 214) também identifica essa característica no discurso jurídico, batizando-a de *efeito de apriorização*, inscrito no funcionamento do campo, e que se manifesta superficialmente por dadas características da linguagem, que, combinando elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impessoalidade e da neutralidade¹⁶². A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem para produzir dois efeitos maiores: a neutralização e a universalização¹⁶³. Ambos, em perfeita consonância com os postulados do DC, como veremos logo adiante, quando da substituição de um *autor* por um *ator*.

Maingueneau (1995), elenca três dimensões de existência de um DC, a partir das quais recuperaremos, sumariamente, o que fora antes dito sobre as esferas:

- 1) A constituição como ação de se estabelecer legalmente por um processo pelo qual o discurso se instaura, produzindo sua própria emergência dentro do interdiscurso;
- 2) Uma totalidade textual, formada pelo modo de organização e coesão discursivas;
- 3) A constituição, no sentido político-jurídico, como o estabelecimento de um discurso que serve de norma e garante ao comportamento de uma coletividade. Pretendem delimitar um efeito de lugar comum da coletividade, um espaço que engloba uma infinidade de lugares comuns da sociedade em que circulam.

A constituição através da qual o discurso se instaura é, no DJ, efetivamente a partir do coração do seu interdiscurso, já que se funda dentro dos limites de sua própria existência. É pela enunciação que o DJ se funda e se forja, no constante voltar-se a si. Nesse ponto, conforme vimos pela circularidade dos textos e da discursividade entre as esferas – pela via dos movimentos¹⁶⁴ – vê-se a materialização da coesão discursiva.

¹⁶² A neutralidade enunciativa, por sua vez, é capaz de “confirmar a instância da enunciação que a produz, segundo um processo de enlaçamento, de sustentação recíproca entre enunciado e enunciação” (MAINGUENEAU, 2008, pág. 147).

¹⁶³ A crença nos primados da neutralidade e da universalização, são, para Bourdieu (2003), justamente os fundamentos da violência simbólica do campo, é essa crença partilhada pelos juristas – que são as primeiras vítimas dela própria – é que os transforma nos guardiões hipócritas da crença, fundamental para sua própria existência.

¹⁶⁴ Nos referimos à categoria proposta ao longo desse trabalho, tratada em cada esfera individualmente.

É interessante uma pausa maior para a análise dessa *coesão discursiva*: estamos falando então, de um sistema de referência e encadeamento internos ao próprio discurso. Bourdieu (2007), por exemplo, afirma que no DJ, o uso das jurisprudências é para a prática jurídica “o que o preceito durkheimniano de ‘explicar o social pelo social’ é para o pensamento sociológico: apenas um modo diferente de afirmar a autonomia e a especificidade do raciocínio e do juízo jurídicos” (BOURDIEU, 2007, pág. 230).

Há uma conexão discursiva – referência – que amarra as esferas entre si, estabelecendo restrições na emergência dos discursos a partir de uma preexistência, de um arquivo (ou FD). Embora haja um funcionamento interno autônomo, o movimento sugere a coesão discursiva, num processo de remissão às instâncias constituídas pelas esferas definidas segundo nossa classificação precedente. E claro, por último, a sua fundação é, dentre todos os demais DC’s, mais fortemente vinculada à existência jurídico-política das sociedades modernas, dada pela existência de um aparato jurídico-político que ela própria constitui e funda. Comporta, então, o fundamento teórico dos DC’s, posto que “visa a explicação máxima de suas próprias condições de possibilidade” pelo imbricamento de uma representação de mundo e de uma atividade enunciativa (MAINGUENEAU, 1995, pág. 114). Faces da mesma moeda. Em outras palavras: o DC representa um mundo, mas seus enunciados são elementos *constituíntes* desse mundo que eles representam, e não fazem senão gerir o seu próprio surgimento, o evento de fala que eles instituem; funcionando como um dispositivo de legitimação do espaço de sua própria enunciação, articulando um texto e uma maneira de se inscrever no universo social (MAINGUENEAU, 1995, pág.114).

Na análise proposta (remetemos ao quadro geral e aos itens individuais relativos à legitimidade), observamos justamente essa característica. Identificamos como entes legitimadores das esferas do discurso jurídico, 1) a Constituição Federal (para o DJ Legislativo); 2) o Poder Judiciário (como ente do Estado – criado pela CF/88 para o DJ Judicial); 3) o saber do campo (para o DJ Pedagógico). Em todos os casos a legitimidade é interna, dada pelas enunciações havidas dentro do campo e dentro do próprio discurso, no seu fundamento. Ele próprio, por sua enunciação, se desdobra num dispositivo de legitimação do seu espaço de enunciação.

Podemos ainda destacar que, no caso do DJ, a Constituição Federal funciona como um *arquitexto* (MAINGUENEAU, 2008b, pág. 141), porque é partir dele que toda a discursividade do campo vai orbitar.

Maingueneau (1995) também propõe uma visada especial sobre os atores. No DC, a figura de um *autor* dá espaço à figura de um *ator*. Isso significa dizer que não é a autoria um dos fundamentos, mas o papel desempenhado pelo enunciador a partir de um panorama de complexa intrincação. É a materialização linguageira do *efeito de apriorização* descrito por Bourdieu (2007, pág. 214).

Un discours constituant ne mobilise pas que des auteurs, mais une variété de rôles socio-discursifs : par exemple les disciples des écoles philosophiques, les critiques littéraires des journaux, les juges etc (MAINGUENEAU, 1995, pág. 116).

No DJ vimos a mobilização¹⁶⁵ de atores que desempenham papéis previamente delimitados: o legislador, o juiz, o advogado, o professor etc. Não se fala em autoria, mas um hiperenunciador é evocado, um sujeito que *fala em nome de*, ou melhor, a enunciação é veículo da autoridade do próprio enunciado. Para Maingueneau (1995, pág. 119), esse processo especular entre o discurso e a instituição se dá em 3 registros. Comentaremos, em cada caso, como se dá no DJ:

- 1) um investimento cenográfico do discurso, faz dele o lugar de representação de sua própria situação de enunciação, o que vimos fica claro, no DJJ, quando por exemplo, o judiciário se ocupa em manter a *credibilidade* da instituição; ou quando, no DJL legisla também na normatização das suas enunciações, formalizando rigidamente os gêneros de sua lavra, ou, concedendo à jurisprudência lugar preferencial na estrutura judiciária;
- 2) um investimento em um código linguageiro permite, jogando com a diversidade irreduzível das zonas e dos registros de linguagem, produzir um efeito de prescrição resultante da conveniência entre o exercício da linguagem que implica o texto e o universo de sentidos que ele desdobra: no DJJ, vimos excerto de voto em que o ministro do STF trabalha diretamente com a limitação da linguagem e da atribuição de sentido e significado, quando, por exemplo, dá ao texto *interpretação conforme* a Constituição, excluindo do quadro de sentidos possíveis, qualquer outro que não esteja de acordo com o *seu* entendimento de sentido e significado; e,

¹⁶⁵ Remetemos às discussões de cada esfera relativamente aos atores

3) um investimento imaginário dá ao discurso uma voz, que certifica a espessura de um corpo, fixando assim o *ethos* associado à cenografia e ao código linguageiro: a seleção lexical no DJL ou a preponderância do imperativo no DJJ, são bons exemplos que recuperamos para ilustrar a existência de um já-dito que corrobora a encenação do discurso.

Le caractère constituant d'un discours confère un statut particulier à ses énoncés, qui sont chargés de toute l'autorité attachée à leur statut énonciatif. (...) Le discours constituant implique en effet un type de liaison spécifique entre opérations langagières et espace institutionnel. Les formes énonciatives n'y sont pas un simple vecteur d'idées, elles représentent l'institution dans le discours en même temps qu'elles façonnent en le légitimant (ou en le délégitimant) l'univers social où elles viennent s'inscrire (MAINGUENEAU, 1995, pág. 119).

Isso se fundamenta pela característica de que o DC pressupõe e estrutura uma organização institucional e é o espaço de um conflito permanente entre diversos posicionamentos – conforme tratamos dos espaços de luta que emergem na superfície do DJ -, de tal maneira que o posicionamento não é apenas um conjunto de textos que conforma um *corpus*, mas é a própria intrincação de um modo de organização social e de um modo de existência dos discursos. Claro, os silenciamentos da lei, por exemplo, dão conta da pauta social e dos valores que são ou não contemplados.

Fizemos justamente essa discussão ao longo do trabalho¹⁶⁶, apontando as disputas que organizam o campo e o fazem construir também os movimentos que chamamos de horizontais – para dentro e fora do campo. Ressalte-se que, embora os movimentos sejam claramente identificáveis, o campo nega sua existência, cobrando dos seus atores a *tradução*¹⁶⁷ dos enunciados que, por si, pode autorizar o trânsito enunciativo, para que passem esses enunciados a integrar o DJ. É o que Bourdieu (2007) denomina como uma espécie de *retórica da autonomia*:

Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas,

¹⁶⁶ Remetemos à discussão feita sobre o tema, especialmente, à nota n. 30.

¹⁶⁷ O que chamamos de *tradução* e todo o esquema que a envolve, parece ser muito próximo das atestações do Bourdieu (2007) sobre a função do *lector* no DJ, feitas as devidas aparas: “(...) a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la” (BOURDIEU, 2007, pág. 219). A tradução, ao nosso ver, funciona nos mesmos moldes, já que o tradutor faz *mera* adequação linguageira e discursiva, dissimulando a inoculação da legitimidade do campo dada por essa operação, com aparente simplicidade.

está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico, e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e Weber (BOURDIEU, 2007, pág. 216).

Para a categorização do DC, devemos ainda considerar que ele parece ao mesmo tempo interior e exterior aos outros, que ele atravessa e é atravessado. Se excluem e se chamam dentro de uma irreduzível intrincação: “le discours philosophique implique la formalité de la Loi, mais la Loi implique le discours philosophique; le discours scientifique ne peut se poser sans conjurer à chaque instant la menace du religieux, lequel ne cesse de négocier son statut par rapport au discours scientifique” (Maingueneau e Cossuta, 1995, pág. 114), justamente como o modelo de movimento horizontal que propusemos.

Além do diálogo direto com os demais DC's, este se funda e se forja também como um diálogo entre discursos não constituintes, claro. Há uma hierarquia entre os discursos autoconstituintes e os heteroconstituintes. A forja e o funcionamento da Constituição Federal, por exemplo, esboça um tipo autoconstituente de discurso, porque tem em si seu fundamento de existência. Tem uma especificidade que não se vê no discurso jurídico pedagógico, o qual tem seu funcionamento dado, justamente, com a finalidade de conferir um valor especial ao DJ como um todo, já que existe exclusivamente para apoiar, comentar, refutar, lecionar sobre si. Este orbita, então, um centro de validade dado pelo próprio campo e pela existência solar da CF/88.

É uma multiplicidade de regimes de produção que estabelece a própria hierarquia do campo, mas concentra no tipo de produção constituinte fechado, manifesto pela CF/88 já que a “communauté des énonciateurs tend à coïncider avec celle des consommateurs” (MAINGUENEAU, 1995, pág. 117). Na análise dos atores, vimos exatamente esse fenômeno demonstrado, porque os destinatários (consumidores) da discursividade são aqueles que estão dentro do campo e que serão responsáveis, mais ou menos intensamente, por fazer a *tradução* de toda a discursividade para a comunidade externa, que se coloca numa situação de mera subordinação.

Assim, o espaço constituinte se apresenta hierarquizado, formado por enunciados primeiros, como a CF/88 que é o fundamento do campo discursivo, em que o especular e o especulativo se misturam, funcionando de um modo fechado para os limitados pares legítimos; formado também por enunciados não constituintes e não fundadores, mas orbitais.

Discutindo o caráter constituinte do discurso de organizações internacionais, Maingueneau (2008b, pág. 150) trata da invisibilidade das lutas entre os posicionamentos nesse campo discursivo, e afirma que “essas lutas são condenadas a permanecer na sombra, elas são compreensíveis apenas para os especialistas. Torná-las visíveis seria arruinar a própria legitimidade dessas instituições, submetidas, dessa maneira a uma dupla restrição: é necessário distinguir-se para ter uma identidade, mas não se deve distinguir, para falar de maneira autorizada, para ser a própria “Autoridade”. No mesmo sentido, Bourdieu (2003) afirma que no campo do Direito as lutas se dão observando-se as regras e normas do campo, não se autorizando a subversão da própria sistemática do campo.

Para finalizar, enquadrar ou não o DJ como um discurso constituinte tem a função de complementar e aprofundar a análise do funcionamento discursivo, já que essa categoria de análise é capaz de justificar e explicar certos fenômenos da dinâmica que parecem, num primeiro olhar, despropositados e estranhos. Entender o DJ como um constituinte é entendê-lo como prática de uma comunidade que reclama existência e luta pela sua manutenção. A reprodutividade e a manutenção do mesmo estado de coisas, é, portanto, não uma novidade ou uma surpresa, mas podem ser o alicerce de existência primeiro, a essência do campo.

7. II - CONSIDERAÇÕES FINAIS

CONSIDERANDO QUE, observando-se os preceitos da Lei de Introdução n. 0001/2017 fez-se o percurso de pesquisa, apresentando-se a base teórica e a descrição e análise discursiva do campo;

CONSIDERANDO que a partir da concepção de discurso da Análise de Discurso de linha francesa, discutiu-se desde a linguagem no campo, restringindo-se um espaço e um tempo, à luz das questões norteadoras propostas;

CONSIDERANDO que o discurso jurídico se instaura como retículo de valores sociais, pela palavra inauguradora da Constituição Federal, que tem como fundamento de legitimidade sua própria existência, e como condição de produção a democracia;

CONSIDERANDO que discutiu-se como se dá a classificação dos enunciados como pertencentes ao discurso jurídico, a partir da mobilização dos gêneros centrais e periféricos, bem como pela atuação dos atores do campo;

CONSIDERANDO que o Discurso Jurídico mostrou-se um exemplar de Discurso Constituinte, eis que, compartilha das características daqueles demais que são o fundamento da própria existência, embora também seja formado por enunciados orbitais, que ocupam a periferia;

CONSIDERANDO que demonstrou-se que o campo é formado por três partes com uma dinâmica e um funcionamento discursivo muito distintos entre si, unidos pela gênese da existência dada pela enunciação da CF;

CONSIDERANDO que as esferas formadoras do DJ diferem entre si pela atividade discursiva, pelo fundamento de validade, pelos gêneros que mobiliza e pelos atores que as compõem;

CONSIDERANDO que a hipótese do movimento atua de modo particular em cada esfera e tem força distinta em cada caso, promovendo a interrelação de existência entre os atores e os gêneros, sendo causa e consequência, numa circularidade discursiva;

CONSIDERANDO que verificou-se na discursividade que os gêneros centrais são mobilizados pelos atores protagonistas e que os gêneros periféricos o são pelos coadjuvantes;

CONSIDERANDO que as esferas existem de modo interdependente, sendo ao mesmo tempo autônomas em cada centro de existência e dialógicas e interligadas no

cômputo geral do campo, confirmando a ideia original da inexistência de uma homogeneidade no funcionamento discursivo de cada esfera;

CONSIDERANDO que os enunciados circulam entre as esferas e mudam de sentido a partir da vinculação a cada esfera diferente produzindo efeitos distintos;

CONSIDERANDO que para a finalidade de discussão dos gêneros constituintes do DJ, iniciou-se o trabalho com uma *lei* (gênero central no DJL), passando pelo gênero *petição* (gênero central no DJJ) e que ambos, emulados nesse trabalho para fins didáticos, constituem exemplos de uso pelo DJP;

CONSIDERANDO que se verifica a existência de uma *comunidade discursiva* que se constitui pela enunciação primeira na CF/88 e que, a partir desse gesto de gênese, passa a funcionar como uma instituição que forma, expressa transmite e transforma crenças e atitudes, se estruturando como uma instituição;

CONSIDERANDO esta seção final de CONSIDERAÇÕES como um apanhado geral dos pontos mais relevantes discutidos, também encenando um gênero típico dos atos administrativos;

E POR FIM, evocando o brocardo jurídico que batiza o presente estudo ***DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS***, que dá conta de que o direito não socorre aqueles que dormem, concluímos também que o campo se constitui de modo que inviabiliza socorrer qualquer sujeito que não partilha das regras de funcionamento do campo, exigindo-se um processo de constante e talvez ineficiente *tradução* que se opera pela via da língua, mas também, pela via dos ocultos jogos ideológicos e de poder que atravessam o campo. Não basta não dormir.

Desde as motivações para as proposituras de leis, o diálogo (necessário e constitutivo, mas) pouco ortodoxo do Direito com o discurso político, à atuação do judiciário, vê-se uma marca importante e com consequências danosas: a exclusão. Não se trata aqui de demonizar a prática do campo no antiquado uso dos latinismos, ou as formas excludentes no domínio do léxico técnico. Isso é de menor monta. As forças invisíveis que atuam no campo é que trazem a problemática da exclusão em questões de maior fôlego. O jogo do poder pelo poder, o corte de classe, os vários pesos e várias medidas, a régua torta é que escapam do campo e fazem coisas (miseráveis) no mundo.

Num campo constituído por atores majoritariamente homens e brancos, o machismo e o racismo se constituem como atravessamentos ideológicos que falam e fazem

coisas no mundo. Mas não parece ser essa a questão central para o campo, quer dizer, não o que dele decorre, mas tão somente a sua própria existência e a manutenção dos espaços de maior privilégio.

Num sistema eleitoral que se constitui fundamentalmente como um show de popularidade, financiado por quem cobrará a conta, no qual a participação de um eleitorado, muitas vezes despreparado e desinteressado, é obrigatória, constitui-se um legislativo comprometido com uma sistemática que não tem, exatamente, como prioridade, sua própria atividade.

O fundamento de existência do campo se mostra como fim em si mesmo, na medida em que a circularidade de funcionamento da discursividade entre as esferas aliada ao fundamento ideológico das enunciações mostram uma luta pela manutenção do Direito, uma luta pela manutenção de sua legitimidade e credibilidade, não sob o substrato do *justo* ou de qualquer outro valor filosófico intrínseco, mas antes, na defesa preponderante de suas próprias instituições. O Direito não socorre àqueles que dormem porque a razão de sua existência não é *exatamente* socorrer aos que não dormem, mas socorrer-se a si garantindo sua imprescindibilidade. Daí porque podemos arriscar dizer que a perpetração do injusto é preço que o campo paga para ser necessário.

Confissão final:

Sendo a confissão¹⁶⁸ a rainha das provas, e, sendo esse o objetivo da instrução processual, cabe finalizar com o *mea culpa* pelas lacunas e falhas existentes nesse trabalho. Todas as tangentes, todas as esquivas, os silêncios, as interpretações equivocadas, as suposições falaciosas, os encaminhamentos empobrecidos e as simplificações se devem exclusivamente à incapacidade de fazer em outros termos. *Mea culpa*.

Militando a dúvida em favor do réu (*in dubio pro reu*), a aprovação desse trabalho não importa no encerramento das questões abertas, no fim das inquietações ou, sumariamente, não importa em uma resposta. Contudo, talvez pelos erros aqui cometidos tenhamos alguma luz no caminho a ser percorrido, evitando-se os atalhos errados, e as ruas sem saídas dessa estrada.

¹⁶⁸ **CPC/15, Art. 389.** Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

CPC/15, Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§ 1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2º A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal.

REFERÊNCIAS

AMB – Associação dos Magistrados do Brasil. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. 2015. Disponível em <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>, acesso em 30/03/2017.

AMOSSY, Ruth. Da noção retórica de ethos à análise do discurso. In: AMOSSY, R. (org.). **Imagens de si no discurso: a construção do ethos**. São Paulo: Contexto, 2008.

ARIVABENE, Carlos Augusto Lessa. **Decisão contra legem em matéria processual: justificação e superação das regras**. (2014). Dissertação (mestrado). Disponível em http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213393_2014_completo.pdf. Acesso em abril de 2017.

_____. Ethos. IN: CHARAUDEAU, Patrick, e MAINGUENEAU, D. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Contexto, 2006.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. No endereço eletrônico > <http://www.al.sp.gov.br/assembleia/atribuicoes/>

ASSIM, Vinicius. **Quem julga o juiz? (2016)**. Agência Pública. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/09/quem-julga-o-juiz-3580.html>. Acesso em 04/04/2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Sustentação Oral*, ADPF 54, 2012.

BARTHES, Roland. A morte do autor. [1968]. Disponível em no endereço eletrônico: http://www.artesplasticas.art.br/guignard/disciplinas/critica_1/A_morte_do_autor_barthes.pdf. Acesso desde agosto/2016.

BESTIALÓGICO JURÍDICO. Disponível em http://www.bestialogicojuridico.com.br/texto/caso_veridico.pdf. Acesso em dezembro de 2016

BITTAR, Eduardo C.B. **Linguagem Jurídica**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e Direito).

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz- Brasília: UNB, 10ª edição, 1999

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas lingüísticas. O que falar quer dizer**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.

_____. **Poder, derecho y clases sociales.** 2a Ed. Editorial Desclée de Brouwer: Bilbao, 2001.

_____. Los juristas, guardianes de la hipocrisia colectiva. In: **Jueces para la democracia**, n. 47 págs. 3-5. 2003. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/94421413/Bourdieu-1991-Los-Juristas-Guardianes-de-La-Hipocrecia-Colectiva>. Acesso em junho de 2015.

_____. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, c1988. Disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso desde julho de 2010.

_____. Lei Complementar 135/2010. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 2010. Texto compilado disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso desde março de 2014.

_____. Lei n. 12.527/2011. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 2011. Texto compilado disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em 05 de julho de 2016.

_____. Lei n. 13.105/2015. **Código de Processo Civil.** Portal da Legislação, Brasília, DF, Texto compilado disponível no endereço eletrônico: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso desde agosto de 2016.

BRITO, Ayres, Voto em ADI n. 4277-DF e DPF 132-RJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf>. Acesso desde 2012.

CALLEWAERT, Gustave. **Bourdieu crítico de Foucault.** Educação Sociedade e Culturas, n. 19, 2003, pág. 131-170. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC19/19-5.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **As leis ridículas no Brasil.** Site da Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB, seção artigos. Disponível em http://www.amb.com.br/index.php.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=260, acesso em 06 de julho de 2016.

CARTA CAPITAL. **Essas fotos de desembargadores ilustram como meritocracia premia homens brancos.** Ed. Justificando. Publicado em 30/03/2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/30/essas-fotos-de-desembargadores-ilustram-como-meritocracia-premia-homens-brancos/>. Acesso em 01/04/2017.

CHARAUDEAU, P.; MAINGUENEAU, D. **Dicionário de análise do discurso.** São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, P. **Il n'y a pas de société sans discours propagandiste**, in Ollivier-Yaniv C. et Rinn M. (dir.), *Communication de l'État et gouvernement social*, Presses

Universitaires de Grenoble, 2009. Consulté le 6 juin 2014 sur le site de *Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications*. URL: <http://www.patrick-charaudeau.com/Il-n-y-a-pas-de-societe-sans,169.html>.

_____. **O discurso propagandista: uma tipologia**, in Machado, Ida Lucia & Mello, Renato, *Análises do Discurso Hoje*, vol. 3. Rio de Janeiro : Nova Fronteira (Lucerna) 2010, p.57-78, 2010. Consulté le 7 juin 2014 sur le site de *Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications*. URL: <http://www.patrick-charaudeau.com/O-discurso-propagandista-uma.html>

CONGRESSO NACIONAL. No endereço eletrônico: <http://www.congressonacional.leg.br/portal/congresso/atribuicoes>
CONSULTOR JURÍDICO. **Palavra do Conselho**. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/58364,1#null>. Acesso em: 15 set. 2007

EGGS, Ekkehard. **Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna**. In: AMOSSY, R. (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Contexto, 2008.

FABRI, Marina; e, BUBNIAK, Taiana. *Gazeta do Povo*. **Sem conhecimento, candidatos fazem propostas bizarras no PR**. Publicado em 29/09/2012. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/ERROR/sem-titulo-3y84gjzjikbn3eyixja8qslq>, acesso em 04 de julho de 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FOSSSEN, Mauricio, 2010. **Sentença**. Réus: Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 9ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2009.

_____. **A ordem do discurso**. 18 ed. São Paulo: Loyola, 2009b.

_____. **A Microfísica do Poder**. 1979. Disponível em <https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2015/07/foucault-m-microfc3adsica-do-poder.pdf>. Acesso desde 2010.

FREITAS, Silvana. **Marco Aurélio diz que alguns juízes se julgam ‘reizinho’**. (2003) Ed. Justiça. Folha de São Paulo. Publicado em 31/05/2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3105200310.htm>. Acesso em 04/04/2017.

G1. Tribunal de Justiça elege primeiro desembargador negro do ES. (2011). Publicado em 05/12/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2011/12/tribunal-de-justica-elege-primeiro-desembargador-negro-do-es.html>. Acesso em março/2017.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. **Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 151-180, 2014: Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013v63p151/1433>. Acesso em 04/04/2017.

GREGOLIN, Maria do Rosário. **Foucault e Pêcheux na Análise do Discurso – diálogos e duelos**. 3ª edição, São Carlos: Claraluz, 2007.

HAROCHE, Cl., PÊCHEUX, M., HENRY, P. **A semântica e o corte saussuriano**. [1971]. Disponível no endereço eletrônico: http://www.letras.ufscar.br/linguasagem/edicao03/traducao_hph.php. Acesso em novembro de 2015.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 5a Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008

JUSBRASIL. Litigantes da Justiça Brasileira. Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2629087/saiu-o-listao-dos-maiores-litigantes-na-justica-brasileirao-estado-do-rs-figura-num-indesejavel-1-lugar-como-autor-e-ou-reu-nas-demandas-postas-nas-reparticoes-da-justica-estadual-em-todo-o>. Acesso em 30/03/2017.

KRIEG-PLANQUE, Alice. **Analyser les discours institutionnels**. Armand Colin: Paris, 2012.

LEGOFF, Jacques. **Foucault e a nova história**. Tradução. Plural, Sociologia. S. Paulo. 10:197-209, 2º sem. 2003. Disponível em: <http://revistas.usp.br/plural/article/view/68075/70644>.

LOISELLE, Marc. **L'analyse du discours de l'a doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe**. CURAPP, Les méthodes au concret, PUF, 2000. Disponível em https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/44/marc_loiselle.pdf 4a0bdfa5c3da7/marc_loiselle.pdf. Acesso desde abril de 2015.

LUCHETE, Felipe. **Marco Aurélio critica "juizite" e diz estar sempre aberto a advogados**. (2014). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-16/marco-aurelio-critica-juizite-colegas-evento-sao-paulo>. Acesso em 04/04/2017.

MACHADO, Irineu. UOL Eleições 2010. Com mais de 1,3 milhão de votos, Tiririca é deputado mais votado do país e deve levar mais 4. Publicado em 03/10/2010 - 21h43. Disponível em <http://eleicoes.uol.com.br/2010/sao-paulo/ultimas-noticias/2010/10/03/com-mais-de-13-milhao-de-votos-tiririca-e-deputado-mais-votado-do-pais-e-deve-levar-mais-4.jhtm>. Acesso em 04/07/2016.

MAINGUENEAU, D. **Análise de textos de comunicação**. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Approche linguistique du discours législatif.** In. L'écriture de la loi. Les colloques institutionnels du Sénat. Pág. 45. Senat: Paris, 2014b.

_____. **Cenas da enunciação.** Sírío Possenti, Maria Cecília Pérez de Souza-e-Silva (orgs.). São Paulo: Parábola, 2008b.

_____. **Discours et analyse du discours.** Paris : Armand Colin, 2014

_____. **Doze conceitos em análise do discurso.** Maria Cecília Pérez de Souza-e-Silva, Sírío Possenti (org.). São Paulo: Parábola, 2010.

_____. Ethos, cenografia e incorporação. In: AMOSSY. R. (org.). **Imagens de si no discurso:** a construção do ethos. São Paulo: Contexto, 2008. p. 69-92.

_____. **Frases sem texto.** São Paulo: Parábola, 2014c

_____. **Gênese dos discursos.** Sírío Possenti (trad.). São Paulo: Parábola, 2008.

_____. **Novas tendências em análise do discurso.** Campinas, SP: Pontes editora, 3ª edição, 1997.

MAINGUENEAU, Dominique, e COSSUTTA, Frédéric. L'analyse des discours constituants. In: **Langages**, 29^e année, n°117, 1995. Les analyses du discours en France. pp. 112-125; doi : 10.3406/lgge.1995.1709. Disponível em http://www.persee.fr/doc/lgge_0458-726x_1995_num_29_117_1709. Acesso em abril de 2017.

MARIANI, Daniel e ALMEIDA, Rodolfo. **As características das Constituições pelo mundo.** Gráfico. Nexo Jornal. Publicado em 26 Set 2016 (atualizado 29/Set 20h26). Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2016/09/26/As-caracter%C3%ADsticas-das-Constitui%C3%A7%C3%B5es-pelo-mundo>. Acesso em abril de 2017.

MOSER, Sandro. **Como julgam os magistrados.** Gazeta do Povo, 06/07/2012. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/como-julgam-os-magistrados-2jc9iq16ci7h6y7xwgf4561qm>. Acesso desde julho de 2012.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. (Org.) **Estudos do Discurso. Perspectivas teóricas.** 1ª Ed. São Paulo: Parábola, 2013.

ORLANDI, Eni P. **Michel Pêcheux e a Análise de Discurso.** Estudos da Lingua(gem), n.1, pág. 9 a 13. Vitória da Conquista: 2005. Disponível em <http://www.cpelin.org/estudosdalinguagem/n1jun2005/artigos/orlandi.pdf>

PÊCHEUX, M. **Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio.** Campinas, São Paulo: Editora da Unicamp, 2009.

_____. Foi “propaganda” mesmo que você disse? [1979]. In: ORLANDI, E. (Org.). **Análise de discurso**: Michel Pêcheux – textos escolhidos por Eni Orlandi. Campinas: Pontes Editores, 2011. p. 73-92.

_____. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. Trad. Eni Orlandi. 2 ed. Campinas, SP: Pontes, 1997.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

POSSENTI, Sírio. **Apresentação da análise do discurso**. S. J. R. Preto - SP, Glotta, 12: 45-59, 1990.

_____. **Golpe, golpes**. Blog do Sírio. Publicado em 05 de maio de 2016. Disponível no endereço eletrônico <https://blogdosirioblog.wordpress.com/2016/05/05/golpe-golpes/>. Acesso desde junho de 2016.

_____. **Os limites do discurso**. São Paulo: Parábola Editorial, 2009b.

_____. **Observações sobre interdiscurso**. Revista Letras, Curitiba, n. 61, especial, p. 253-269, Editora UFPR, 2003.

_____. **Questões para analistas do discurso**. São Paulo: Parábola Editorial, 2009a.

_____. Teoria do discurso: um caso de múltiplas rupturas. In. MUSSALIN, F.; BENTES, A. C. **Introdução à lingüística**: fundamentos epistemológicos. v. 3, p. 353-390. São Paulo: Cortez, 2004.

Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, Disponível em http://www.alep.pr.gov.br/legislacao/regimento_interno, acesso em 03 de setembro de 2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em agosto de 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)**. Revista dos Tribunais, v. 891, p.65, jan. 2010. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Dogm%C3%A1tica-e-Cr%C3%ADtica-da-Jurisprud%C3%Aancia-Doutrinas-Essenciais.pdf>. Acesso em janeiro/2017.

ROSENVALD, Nelson. **O significado do justo título**. Carta Forense, 2014. Artigo disponível no endereço eletrônico: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-significado-do-justo-titulo/13953>. Acesso em 15/11/2016.

SANTOS, Sonia Sueli Berti. **Pêcheux**. In: Estudos do Discurso. Perspectivas teóricas. 1ª Ed. (Org. Luciano Amaral Oliveira). São Paulo: Parábola, 2013.

SANTOS, Juliana Vieira dos.[*et al*] **Código de Processo Civil Anotado**. Coord. TUCCI *et al*. AASP. OAB/PR. 2015.

SHAKESPEARE, Willian. **The Tragedy of Hamlet, Prince of Denmark**. [1603]. 1992. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.w3.org/People/maxf/XSLideMaker/hamlet.pdf>, acesso em 15/11/2016;

SCHETTINI, Marina. **Governador legisla mais que deputado**. Ed. Política. Publicado em 22 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/governador-legisla-mais-que-deputado-1.286909>; Acesso em junho de 2017.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. A Súmula nº 231 do STJ e a argumentação contra legem. Publicado em 25 de maio de 2012. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/s%C3%BAmula-n%C2%BA-231-do-stj-e-argumenta%C3%A7%C3%A3o-contra-legem>. Acesso em abril de 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Manuais de Direito apresentam profundo deficit de realidade. (2006)**. Coluna CRISE DOGMÁTICA. Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_direito_apresentam_profundo_deficit_realidade. Acesso desde novembro de 2016.

_____. **Depois do Direito facilitado, eis o Direito apatifado. (2013)**. Coluna SENSO INCOMUM. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-03/senso-incomum-depois-direito-facilitado-eis-direito-apatifado>. Acesso desde novembro de 2016.

_____. **Concursos Públicos: É só não fazer perguntas imbecis! (2013b)**. Coluna SENSO INCOMUM. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-28/senso-incomum-concursos-publicos-nao-perguntas-imbecis>. Acesso em novembro de 2016.

_____. **Como seria o protótipo do professor ideal na esteira do aluno ideal? (2014)** Coluna SENSO INCOMUM. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-30/senso-incomum-seria-prototipo-professor-ideal-esteira-aluno-ideal>

_____. **O protótipo do estudante de direito ideal e o “fator olheiras” (2014b)**. Coluna SENSO INCOMUM. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-23/senso-incomum-prototipo-estudante-direito-ideal-fator-olheiras>. Acesso em abril de 2017.

ZANDWAIS, Ana. **A pesquisa em Análise do Discurso e suas relações com o materialismo histórico e dialético: tentativa de esboço de uma trajetória**, 2013. Matéria não assinada, intitulada “**Lei de acesso à informação ainda ‘não pegou’ no Brasil**”. Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/pesquisa-do-ibge-mostra-que-lei-de-acesso-a-informacao-ainda-nao-pegou>, acesso em 03 de junho de 2016.

PRAGMATISMO POLÍTICO. Matéria não assinada, intitulada “**Juiz menciona Rage Against The Machine para absolver réu acusado de desacato**”. Disponível em <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/09/juiz-menciona-rage-against-the-machine-para-absolver-reu-acusado-de-desacato.html>, acesso em novembro de 2015.

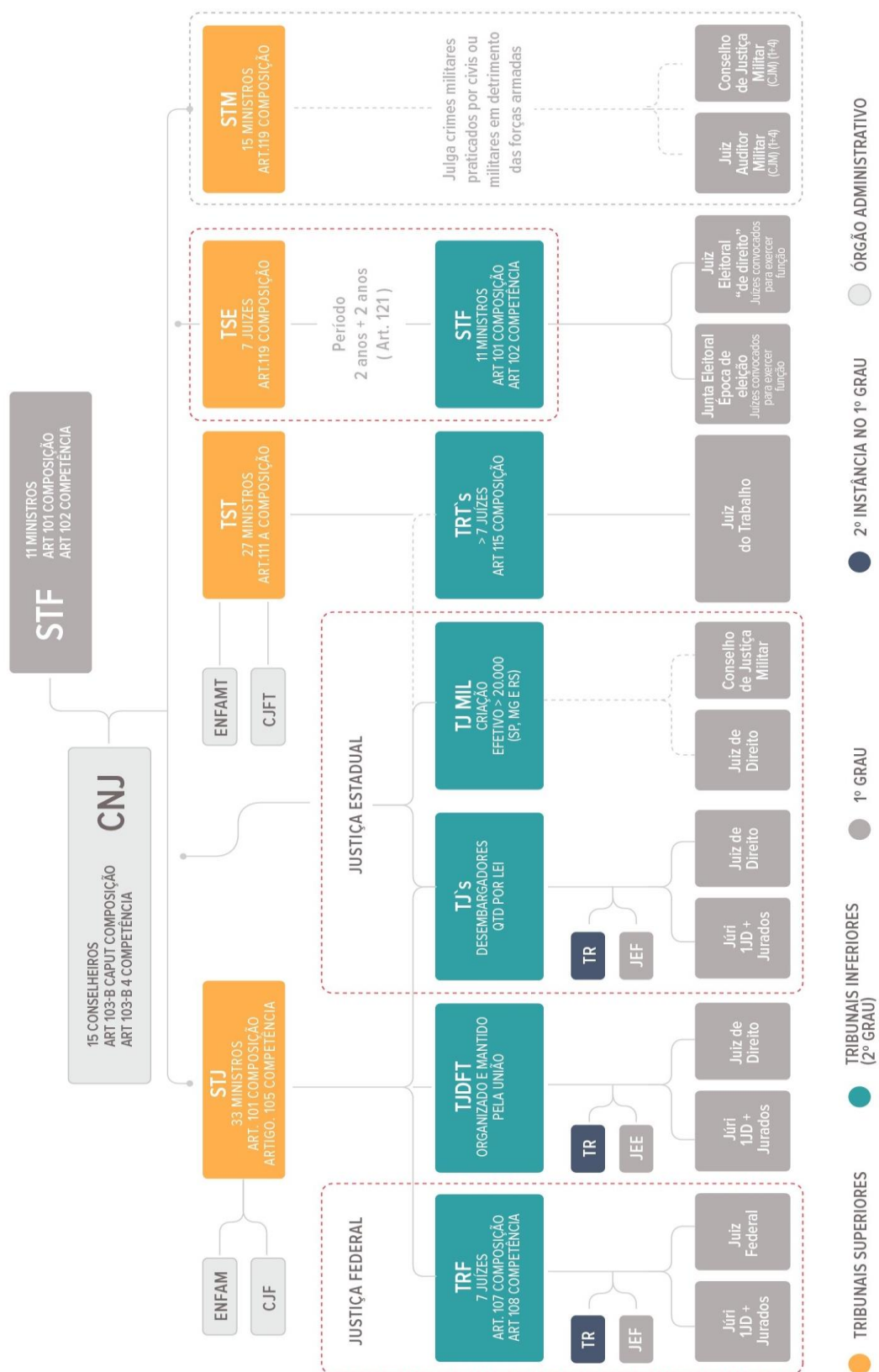
YAZBEK, Priscila, GUIMARÃES, Saulo Pereira. **Os deputados federais mais votados do país nas Eleições 2014**. Disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/os-deputados-federais-mais-votados-do-pais-nas-eleicoes-2014>, acesso em 30/03/2017.

YOUTUBE. “**Imperdivel**, BRIGA no Supremo! Gilmar Mendes x Joaq”. 3:20s. Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=ioWehAoxoa0>. Acesso em 16/11/2016

YOUTUBE. **Joaquim Barbosa** cala Ricardo Lewandowski – COMPLETO. Resp. Fúria na TV. 2:40s. <https://www.youtube.com/watch?v=G-Qk2QkZQvw>. Acesso em 16/11/2016

ANEXOS

ANEXO I - FIGURA 10 – ORGANOGRAMA DO PODER JUDICIÁRIO



FONTE: A autora (2017).

ANEXO II - FIGURA 11 – DESEMBARGADORES TJPE



FONTE: TJPE. Carta Capital (2017).

ANEXO III - FIGURA 12 – DESEMBARGADORES TJAC



FONTE: TJAC. Carta Capital (2017).

ANEXO IV - FIGURA 13 – DESEMBARGADORES TJSP



FONTE: TJSP. Carta Capital (2017).

ANEXO V - FIGURA 14 – DESEMBARGADORES TJPR



FONTE: TJPR. Carta Capital (2017).

ANEXO VI - FIGURA 15 – MODELO DE INTERFACE DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO – PROJUDI-TJPR

→ https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/processo.do?_tj=c9019ddb81886e8b579ab0214630031098c34fa951c8810a67e3583652a6e67b9ffee09c39a1cad92506ca2cf

Usuário: PR38831 (Advogado) Data: 07/07/2016 12:01 Expira em: 60 min Histórico

Processo 0013014-52.2008.8.16.0001 ☆ - (3065 dia(s) em tramitação)

Número Físico Antigo: 1882008

Classe Processual: 7 - Procedimento Ordinário

Assunto Principal: 9587 - Compra e Venda

Nível de Sigilo: Público

Pedido Incidental Petição Eletrônica Substabelecer Guia de Custas Navegar Exportar ▼

Dados do Processo Partes Movimentações Apensamentos (0) Vínculos (0)

Realçar Movimentos de: ☐ Magistrado ☐ Servidor ☐ Advogado ☐ Promotor ☐ Procurador ☐ Outros ☐ Audiência

Ocultar Movimentos: ☐ Inválidos ☐ Sem Arquivo ☐ Hab. Provisória

Seq.	Data	Evento	Movimentado por
12	24/06/2016 13:22:34	CONCLUSOS PARA DESPACHO Responsável: Paulo Cezar Carrasco Reyes	Marcos Cesar de Souza Junior Analista Judiciário
11	10/06/2016 00:24:41	DECORRIDO PRAZO DE CARLOS ALBERTO MARTINS CRAVO (P/ advgs. de CARLOS ALBERTO MARTINS CRAVO *Referente ao evento JUNTADA DE CERTIDÃO(23/05/2016)	SISTEMA PROJUDI
10	10/06/2016 00:24:35	DECORRIDO PRAZO DE FRANCISCO PEQUITO DIAS CRAVO (P/ advgs. de FRANCISCO PEQUITO DIAS CRAVO *Referente ao evento JUNTADA DE CERTIDÃO(23/05/2016)	SISTEMA PROJUDI
9	10/06/2016 00:22:43	DECORRIDO PRAZO DE PAULO EDENIR PEREIRA TOLEDO (P/ advgs. de PAULO EDENIR PEREIRA TOLEDO *Referente ao evento JUNTADA DE CERTIDÃO(23/05/2016)	SISTEMA PROJUDI

FEITURA DE INTIMAÇÃO REAFIRMAÇÃO

FONTE: A autora (2016).

ANEXO VII - FIGURA 16 – PAUTA DA ALEP DE 06/2015 A 12/2015

08/12/2015	16:53:01	<u>PAUTA DIA 09 DE DEZEMBRO (QUARTA-FEIRA), 10H: HOMENAGEM AO TÉCNICO DO CORITIBA, PACHEQUINHO</u>
23/11/2015	16:27:14	<u>PAUTA DIA 26 DE NOVEMBRO (QUINTA-FEIRA), 20H: CÂMARA ENTREGA TÍTULO DE VULTO EMÉRITO AO TREINADOR CUCA</u>
20/11/2015	16:01:17	<u>PAUTA DIA 24 DE NOVEMBRO (TERÇA-FEIRA, 9H): VEREADORES ANALISAM VENDA DE TERRENO DO MUNICÍPIO</u>
20/11/2015	15:52:43	<u>PAUTA DIA 23 DE NOVEMBRO (SEGUNDA-FEIRA, 9H): PLENÁRIO VOTA SEMANA MUNICIPAL DE ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO</u>
13/11/2015	10:05:31	<u>PAUTA DIA 16 DE NOVEMBRO (SEGUNDA), 14H: COMISSÕES DA CÂMARA INVESTIGAM O IMPACTO AMBIENTAL DO METRÔ</u>
11/11/2015	17:28:54	<u>PAUTA DIA 12 DE NOVEMBRO (QUINTA-FEIRA), 14 HORAS: AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE TARIFA DO TRANSPORTE COLETIVO</u>
29/10/2015	18:05:49	<u>PAUTA DIA 3 DE NOVEMBRO (TERÇA-FEIRA, 9H): PLANO DIRETOR SERÁ VOTADO EM 2º TURNO</u>
23/10/2015	17:09:48	<u>PAUTA DIA 27 DE OUTUBRO (TERÇA-FEIRA), 9H: VEREADORES VOTAM COTA SOCIAL INSCRIÇÃO GRATUITA EM CORRIDAS DE RUA</u>
23/10/2015	16:59:46	<u>PAUTA DIA 26 DE SETEMBRO (SEGUNDA-FEIRA), 9H: BALANÇO DA VOTAÇÃO DO PLANO DIRETOR COM ENTIDADES DE CLASSE</u>
23/10/2015	16:57:46	<u>PAUTA DIA 26 DE OUTUBRO (SEGUNDA-FEIRA), 9H: PLENÁRIO VOTA FUNDO ROTATIVO PARA ESCOLAS MUNICIPAIS</u>
19/10/2015	17:13:04	<u>PAUTA DIA 20 DE OUTUBRO (TERÇA-FEIRA), 8H30: COMISSÃO DEBATE REPASSES FINANCEIROS A UNIDADES EDUCACIONAIS</u>
16/10/2015	17:34:42	<u>PAUTA DIA 19 DE OUTUBRO (SEGUNDA-FEIRA), 9H: CÂMARA VOTARÁ</u>

		<u>MAIS 97 EMENDAS AO PLANO DIRETOR</u>
09/10/2015	15:49:31	<u>PAUTA DIA 13 DE OUTUBRO (TERÇA-FEIRA), 14H: VOTAÇÃO DO REFC 2015, PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL DE CURITIBA</u>
09/10/2015	15:36:35	<u>PAUTA DIA 13 DE OUTUBRO (TERÇA-FEIRA), 9H: VOTAÇÃO DAS EMENDAS DO PLANO DIRETOR</u>
30/09/2015	16:57:46	<u>PAUTA DIA 1º DE OUTUBRO (QUINTA-FEIRA), 15H: PARECER FINAL DO RELATOR DO PLANO DIRETOR</u>
25/09/2015	14:53:04	<u>PAUTA DIA 30 DE SETEMBRO (QUARTA-FEIRA), 14H30: PRESTAÇÃO DE CONTAS DAS FINANÇAS DO MUNICÍPIO E DA CÂMARA</u>
25/09/2015	14:27:25	<u>PAUTA DIA 29 DE SETEMBRO (TERÇA-FEIRA), 14H30: PRESTAÇÃO DE CONTAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE</u>
23/09/2015	17:59:50	<u>PAUTA DIA 24 DE SETEMBRO (QUINTA-FEIRA), 14H: AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL</u>
23/09/2015	12:57:09	<u>PAUTA DIA 24 DE SETEMBRO (QUINTA-FEIRA), 10H30: VISITA DA COMISSÃO DE SAÚDE AO HOSPITAL PEQUENO PRÍNCIPE</u>
18/09/2015	15:59:22	<u>PAUTA DIA 22 DE SETEMBRO (TERÇA-FEIRA), 9H: PLENÁRIO VOTA CRIAÇÃO DO SELO “EMPRESA AMIGA DA BICICLETA”</u>
18/09/2015	15:58:08	<u>PAUTA DIA 21 DE SETEMBRO (SEGUNDA-FEIRA), 9H: PLENÁRIO VOTA CRIAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SEGURANÇA PÚBLICA</u>
15/09/2015	15:44:08	<u>PAUTA DIA 16 DE SETEMBRO (QUARTA-FEIRA), 9H: TRIBUNA LIVRE DA CÂMARA DEBATE COMBATE ÀS DROGAS</u>
02/09/2015	16:50:33	<u>PAUTA DIA 3 DE SETEMBRO (QUINTA, ÀS 10H): Comissão de Saúde da Câmara visita UPA do Boa Vista</u>
27/08/2015	11:35:53	<u>PAUTA DIA 28 DE AGOSTO (SEXTA-FEIRA, 14H): AUDIÊNCIA PÚBLICA DEBATE UBER EM CURITIBA</u>
27/08/2015	11:29:50	<u>PAUTA DIA 28 DE AGOSTO (SEXTA-FEIRA, 19H): PALESTRA SOBRE GESTÃO PÚBLICA PARA ENTIDADES REPRESENTATIVAS</u>
27/08/2015	11:18:34	<u>PAUTA DIA 27 DE AGOSTO (QUINTA-FEIRA, 14H): FÓRUM DEBATE VALORIZAÇÃO DO FISIOTERAPEUTA</u>
19/08/2015	09:10:00	<u>PAUTA DIA 21 DE AGOSTO (SEXTA-FEIRA, 14H): SEMINÁRIO DISCUTE A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO</u>
18/08/2015	11:05:22	<u>PAUTA DIA 20 DE AGOSTO (QUINTA-FEIRA, 14H): AUDIÊNCIA PÚBLICA DEBATE SEGURANÇA PÚBLICA NOS BAIRROS</u>
18/08/2015	10:56:25	<u>PAUTA DIA 19 DE AGOSTO (QUARTA-FEIRA, 20H): SESSÃO SOLENE ENTREGA DA CIDADANIA HONORÁRIA AO PE DIRLEY MOREIRA</u>
01/07/2015	12:07:41	<u>PAUTA DIA 2 DE JULHO (QUINTA-FEIRA, 9H): SESSÃO EXTRAORDINÁRIA VOTA PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE DÍVIDAS</u>
26/06/2015	15:48:46	<u>PAUTA DIA 29 DE JUNHO (SEGUNDA-FEIRA, 9H): SECRETÁRIO DA SAÚDE VEM À CÂMARA ESCLARECER MORTE EM UPA</u>
19/06/2015	17:34:29	<u>PAUTA DIA 22 DE JUNHO (SEGUNDA-FEIRA, 8H30): INSTALAÇÃO DA COMISSÃO ESPECIAL DO METRÔ</u>
17/06/2015	14:45:03	<u>PAUTA DIA 18 DE JUNHO (QUINTA-FEIRA, 8H30): COMISSÃO VOTA MUDANÇA NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO</u>
17/06/2015	13:23:36	<u>PAUTA DIA 18 DE JUNHO (QUINTA-FEIRA, ÀS 9H E ÀS 11H): COMISSÕES DISCUTEM PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO</u>
17/06/2015	13:08:17	<u>PAUTA DIA 18 DE JUNHO (QUINTA-FEIRA, 10H): OFICINA DO PLANO DIRETOR DEBATE MOBILIDADE E HABITAÇÃO</u>
17/06/2015	13:06:18	<u>PAUTA DIA 18 DE JUNHO (QUINTA-FEIRA, 10H): VISITA DA COMISSÃO DE SAÚDE AO HOSPITAL EVANGÉLICO</u>
01/06/2015	16:32:45	<u>PAUTA DIA 2 DE JUNHO (TERÇA-FEIRA, 14H): AUDIÊNCIA DEBATE LUTA DAS MULHERES POR IGUALDADE SALARIAL</u>

FONTE: ALEP (2017). Disponível em <https://www.cmc.pr.gov.br/pauta.php>. Acesso em janeiro/2017.

ANEXO VIII - FIGURA 17 – MODELO DE PETIÇÃO INICIAL EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

CAMARGO ADVOCACIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL
DA COMARCA DE CURITIBA/PR.

*Pluop
dessa 14ª Vara Cível
Júlio S. L. (legado formal)*

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA
AUTOS Nº 642/96

ADAIR DA SILVA DOS SANTOS, brasileira, viúva, costureira, filha do Sr. Jayme Soares da Silva e da Srª Serafina Soares de Oliveira, residente e domiciliada em Curitiba/PR à R. Jari, nº 35, Bairro Alto, portadora do R.G. nº 4.588.668/SSP-PR e inscrição no CPF/MF sob nº 017.883.129-88, inventariante nos autos em epígrafe, vêm, respeitosamente, através de seu procurador adiante assinado, com instrumento de mandato incluso (doc. 01), e escritório à Rua João Rodolfo Schlenker, nº 428, conj. 02, bairro Água Verde, CEP 80620-030, nesta Capital, onde recebem intimações e notificações, para requerer

ACÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR

em desfavor do Sr. **ARY MYLLA**, brasileiro, casado, industrial, inscrito no CPF/MF sob nº 000.422.939-87, residente e domiciliado na rua Dom Alberto Gonçalves, s/n, CEP 80510-340 e endereço profissional à rua Travessa Giacomo Mylla s/n, fone 338-6261;

RUA JOÃO RODOLFO SCHLENKER, 428, CONJ. 02, ÁGUA VERDE, CEP 80620-030
FONE/FAX 345-8574 E 9175-6041, CURITIBA/PR

CAMARGO ADVOCACIA

DISTRIBUIÇÃO

Nº 004436
VARA 14ª
DATA 23.01.98
ASS. Camargos

REGISTRO

Nº 004436
DATA 21.01.1998
ASS. Camargos

CAUSADO DO 1º CRED.
DISTRIBUIÇÃO - 100%
CONTADOR 14
CORTEJO 14

GRATUITA

JUSTIÇA

CAMARGO ADVOCACIA

da Srª **MARIA LIMA DOS SANTOS**, brasileira, viúva, residente e domiciliada à rua Vinte e Um de Julho, 10, Pilarzinho, Curitiba/PR.

X da Srª **JOANA DA SILVA GERÔNIMO**, brasileira, residente e domiciliada à rua Vinte e Um de Julho, 05, Pilarzinho, Curitiba/PR.

do Sr. **RAIMUNDO DE OLIVEIRA MACHADO**, brasileiro, casado, agricultor, residente e domiciliado à rua Raposo Tavares, 2268, Pilarzinho, Curitiba/PR.

X da Srª **LOURDES ODETE HANAUER**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR.

da Srª **MARIA TEODORA FERREIRA DOS SANTOS**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR.

da Srª **CARMEM REGINA LOURENÇO**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR.

X do Sr. **CLAUMIR SANTANA**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR.

X do Sr. **SÉRGIO ELÓI DE SOUZA**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR.

RUA JOÃO RODOLFO SCHLENKER, 428, CONJ. 02, ÁGUA VERDE, CEP 80620-030
FONE/FAX 345-8574 E 9175-6041, CURITIBA/PR

CAMARGO ADVOCACIA

e do Sr. **GREGÓRIO FLORIANO DA SILVA**, de qualificação ignorada, residente e domiciliada na área do espólio, na rua Raposo Tavares, 1755, em Curitiba/PR, pelas seguintes motivações de fato e de direito a seguir aduzidas:

PRELIMINARMENTE

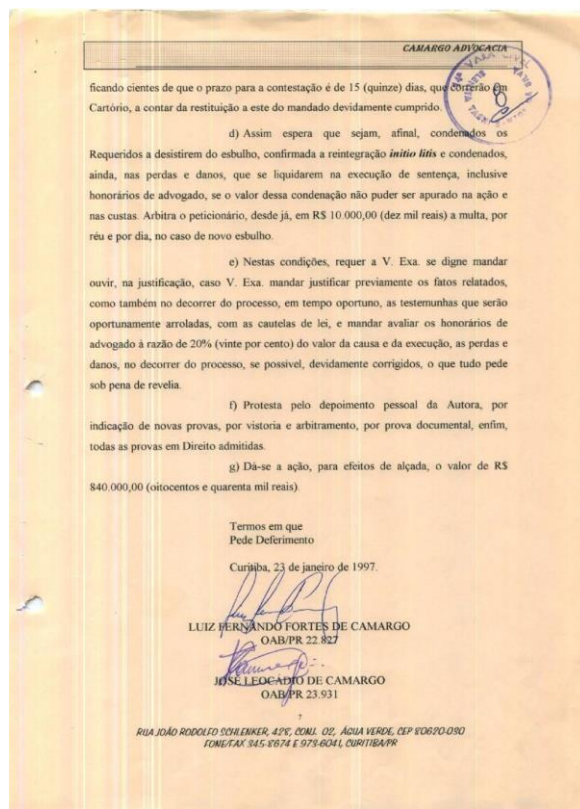
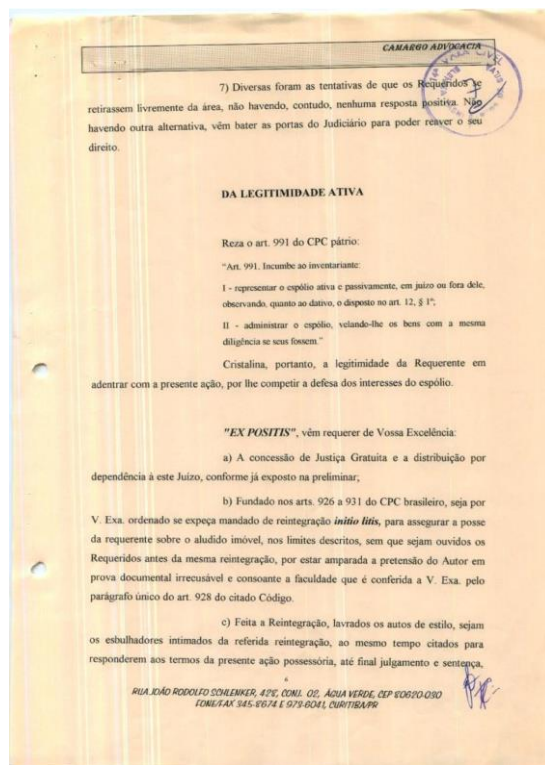
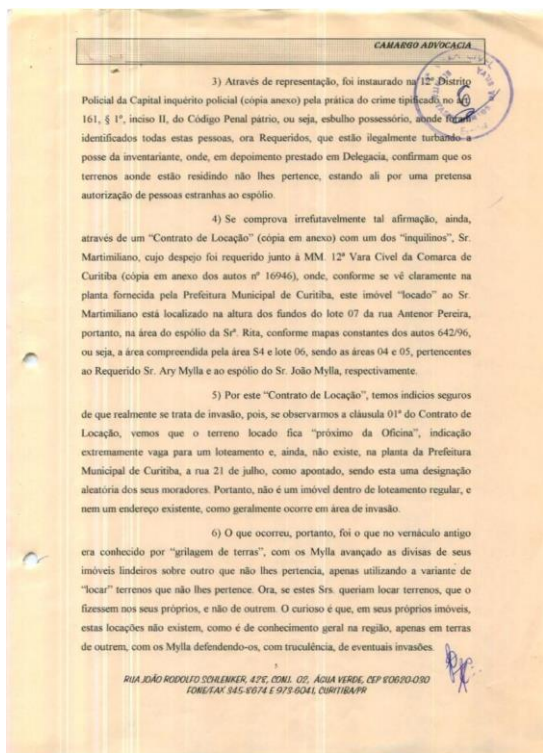
Requer-se a concessão da JUSTIÇA GRATUITA, por ser a requerente pessoa pobre, no sentido jurídico do termo, com base no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, concedendo, ainda, os benefícios do art. 5º, § 5º, da Lei 1060, de 05/02/50, e, ainda, a distribuição por dependência à este R. Juízo, por tratar-se de ação conexa ao Inventário 642/96, já em trâmite neste Juízo.

DOS FATOS

1) A requerente é inventariante do imóvel descrito às fls. 12 dos autos nº 642/96, ou seja, o encontrado na rua Raposo Tavares, 1755, setor 75, quadra 013, lote nº 6000-8, com indicação fiscal 75.013.006.000-8, passado por Carta Perpetua de data de 06 de junho de 1872, pela Prefeitura Municipal de Curitiba à inventariada, medindo 20.401,93 m² (vinte mil, quatrocentos e um vírgula noventa e três metros quadrados).

2) Ocorre que diversas famílias estão ocupando irregularmente extensões deste imóvel, com a argumentação de que o Requerido Sr. Ary Mylla e seu irmão, Sr. João Antônio Mylla, já falecido, e que são pessoas totalmente estranhas à inventariante e ao espólio, teriam "alugado terrenos" ao restante dos Requeridos, posto que este Sr. Mylla alega que área a ele pertence, o que não é verdadeiro, lhe pertencendo, sim, a área contígua ao espólio.

RUA JOÃO RODOLFO SCHLENKER, 428, CONJ. 02, ÁGUA VERDE, CEP 80620-030
FONE/FAX 345-8574 E 9175-6041, CURITIBA/PR



FONTE: A autora (2017).

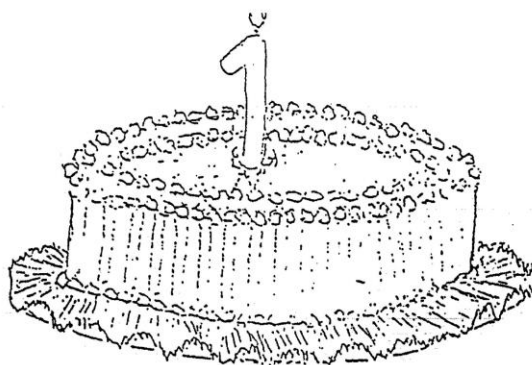
ANEXO IX – FIGURA 18 - MODELO DE PETIÇÃO. CASO JOCOSO.

Ex.mo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 14a. Vara da Justiça Federal em São Paulo.
Proc. 89.0011039-0

Olga Farah Nasser, por seu advogado e bastante procurador infra-assinado, nos autos da ação Ordinária de Despejo, que promove contra o INANPS, vem, respeitosamente, à presença de V. Ex.a., com o maior respeito que se lhe devota, cumprimentá-lo pelo 1º aniversário de conclusão para um complicadíssimo despacho saneador ou prolação de uma difficilima sentença de despejo por denuncia vazia.

Só resta pois, cantamos: parabéns a você nesta data tão querida, muitos anos de conclusão para gáudio da Justiça.

Termos em que
p. Deferimento
São Paulo, 3 de dezembro de 1990.



FONTE: Bestialógico Jurídico. Disponível em
http://www.bestialogicojuridico.com.br/texto/caso_veridico.pdf

ANEXO X – ATA DE AUDIÊNCIA REALIZADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO
8ª Vara do Trabalho de Cuiabá - MT
Processo: 00629-2009-008-23-00-1 Pag.1

ATA DE AUDIÊNCIA

PROCESSO: 00629-2009-008-23-00-1

RECLAMANTE: Rafael Anísio de Castro Lima

RECLAMADO(A): Indústria e Comércio de Espumas e Colchões Cuiabá Ltda.

Em 26 de agosto de 2009, na sala de sessões da MM. 8ª VARA DO TRABALHO DE CUIABÁ/MT, sob a direção do Exmo(a). Juiz RENATO DE MORAES ANDERSON, realizou-se audiência relativa ao processo identificado em epígrafe. Às 14h23min, aberta a audiência, foram, de ordem do Exmo(a). Juiz do Trabalho, apregoadas as partes.

Presente o(a) reclamante, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). Rogério Caporossi e Silva, OAB nº 6183- /MT.

Presente o preposto do(a) reclamado(a), Sr(a). Melquesedeque de Oliveira Cabriot, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). Valdir Francisco de Oliveira, OAB nº 4862-A /MT, que juntará carta de preposição no prazo de 5 dias.

DEPOIMENTO DAS PARTES:

Depoimento pessoal do(a) reclamante: Às perguntas formuladas pelo(a) MM. Juiz(a), respondeu: *"Que começou a trabalhar como vendedor com carteira assinada em 2002; que sempre foi um bom funcionário e por isso foi procurado para pegar uma franquia; que foi procurado para tal finalidade pelo gerente geral, Sr. Leandro Freitag, na loja em que trabalhava como vendedor (Ortobom da Getúlio Vargas); que o Sr. Leandro disse que tinha uma vaga em uma das franquias, mas tinha que verificar junto com a gerente da loja da Getúlio Vargas para assumir a vaga de franqueado; que em janeiro de 2008 assumiu a loja da Ortobom da Isaac Póvoas; que a Ortobom locava o espaço da Isaac Póvoas; que o depoente pagava as contas de água e luz e a Ortobom não repassava tais valores ao depoente; que os gerentes práticos (Srs. Paulo Alexandre, Paulo Humberto e Frank) que interferiam na atuação do depoente e dos vendedores; que a interferência se dava nos seguintes moldes: havia a exigência da Ortobom de preenchimento de mapa de pontuação (vendas) diariamente; que neste mapa constava o quanto cada vendedor vendeu no referido dia; que constava também o número de pessoas que entraram na loja, as que compraram e as que não compraram; que o gerente de franquias (Sr. Leandro) exigiu que o depoente montasse um segundo ponto de vendas para atender os critérios de vendas da*

Ortobom; que o Sr. Leandro exigiu o ponto segundo de vendas em função da averiguação das dificuldades da loja do depoente; que os gerentes prático interferiam diretamente na conduta do depoente e dos vendedores da loja em que o depoente estava, passando de 01 a 05 dias na loja para acompanhamento da abertura ao fechamento da loja, ficando ao lado do vendedor para averiguar o que estava sendo falado e quando o cliente não comprava o gerente prático dizia, por exemplo, "você não insistiu, você falhou no atendimento porque não demonstrou o produto certo ou tentou vender um produto caro ao cliente"; que o gerente prático também determinava a limpeza do local, como por exemplo, remoção de teias de aranha, determinava a troca de lâmpadas queimadas e tinha uma lista de itens que iam sendo verificados; que no final dos dias em que o gerente prático executava suas tarefas, era elaborada uma lista relatório com todos os itens averiguados e com solução e o prazo para o problema ser solucionado, sendo que era vistado pelo gerente prático ou pelo gerente e não era vistado pelos vendedores, somente mostrado ao depoente as falhas dos vendedores; que muitas vezes eles mesmos (gerentes práticos) falavam diretamente com os vendedores sobre as falhas e em outras oportunidades deixavam a referida conversa a cargo do depoente; que a Ortobom controlava os pedidos diariamente; que todos os pagamentos (cheque, dinheiro e cartão) eram efetivados diretamente na conta da Ortobom; que a ré disponibilizava tabela de preços diariamente; que a ré não permitia concessão de descontos e de prazos; que por exemplo, quando o depoente ou qualquer outro vendedor efetivasse uma venda de R\$ 1.000,00 em dinheiro, tinha que depositar no mesmo dia e dentro do expediente bancário, exigência da ré; que quando efetuava vendas fora do expediente bancário tinha que depositar no caixa eletrônico; que durante todo o período em que manteve contrato com a empresa sempre andou de ônibus; que os recebimentos em cheques eram repassados à empresa, sendo que o depoente ia de ônibus para a indústria ré em Várzea Grande, três vezes na semana para efetivar o referido repasse; que quando não havia o envio do quadro diário de vendas (mapa) a ré (na pessoa do Sr. Danilo) ligava para o depoente cobrando o relatório atrasado; que a ré manda um bloco de pedido com cadastro a ser preenchido pelo depoente com nome, endereço, CPF, RG, data de nascimento dos clientes; que era exigência da ré o cadastro dos clientes previamente antes da entrega do produto, sendo que o referido cadastro tinha que ser entregue para ré e quando era efetuado o pagamento em dinheiro ou quando o cheque do clientes estava liberado, o produto podia ser entregue, mas era obrigatório o cadastro; que o depoente podia contratar o vendedor, mas esse tinha que passar por uma treinamento na fábrica e somente havia a concretização do emprego se a empresa ré desse o Ok em função da aptidão do vendedor; que de forma indireta a empresa solicitou ao depoente a demissão de funcionários nos seguintes termos: "se você continuar com tal pessoa, não vai aumentar suas vendas, pode demitir"; que quando tinha cheque sem fundo, esse era descontado do depoente; que para ser um franqueado foi exigida a abertura de firma; que quando havia venda por cartão de crédito já caia na conta da Ortobom, porque a maquininha era da ré; que não precisava o Ortobom aprovar o cadastro do cliente porque em caso de devolução do cheque do cliente, este valor era descontado das comissões a serem recebidas pelo depoente; que o depoente não era filiado ao SPC e ao SERASA. Nada mais."

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) da reclamada, respondeu:

"Que a franquía anterior era de propriedade do Sr. Cristiano; que o senhor Cristiano acumulou muitos cheques devolvidos e por isso a Ortobom tirou o Sr. Cristiano e colocou o depoente em seu lugar; que o depoente não pagou nada ao Sr. Cristiano; que quando pegou a loja, esta ficou 30 dias em reforma e ficou "bonitinha", tudo bancado pela Ortobom, até o coquetel; que os gerentes práticos verificavam a atuação dos vendedores e

se encontrassem alguma irregularidade em suas atuações, determinava ao depoente que fosse sanado o problema e na próxima visita os gerentes práticos averiguavam a persistência ou não do problema e em caso positivo, solicitavam ao depoente para "mudar", "contratar mais um", "muda esse"; que quando da inauguração da loja, a Ortobom entregou tudo montado e com o estoque no valor de R\$ 50.000,00 a R\$ 60.000,00, sendo que alguns dias antes já tinha assinado uma promissória no valor de R\$ 60.000,00 em benefício da Ortobom; que recebia salário de R\$ 800,00/R\$ 1.000,00 quando era empregado; que quando era franqueado passou a ganhar R\$ 4.000,00 e poucos reais, em média; que as vendas efetivadas do dia 1º ao dia 10, o depoente tinha o repasse de suas comissões no dia 15 e as vendas do dia 11 até o dia 20 eram pagas dia 25 e as vendas do dia 21 até o final do mês no dia 02 do mês subsequente; que quando dava algum problema (por exemplo cheque devolvido) havia compensação do valor devolvido com as comissões a serem recebidas; que quando há uma venda o depoente recebe integralmente as comissões, independentemente se as mesmas forem pagas de forma fracionada, porém ocorre a compensação em caso de devolução do cheque; que o depoente não bancou serviços de eletricitista, marceneiro, pedreiro, encanador, pois já pegou a loja pronta; que o depoente pagou IPTU de 2008; que acredita que declarou o Imposto de Renda da pessoa jurídica porque deixou com o contador do depoente; que a nota fiscal saía em nome da franqueada; que por determinação de insuficiência de vendas averiguada pela ré foi orientado ao depoente que montasse um segundo ponto de vendas, aos sábados ou à noite após às 18h, por orientação da Ortobom. Nada mais."

Depoimento pessoal do(a) sócio(a)/preposto(a) da reclamada: Às perguntas formuladas pelo(a) MM. Juiz(a), respondeu: *"Que antes de ser franqueado o autor era empregado de uma das lojas franqueadas (Sra Andreia) no Três Américas; que o ponto (Generoso Ponce/ Isaac Póvoas) foi entregue ao autor pela ré, com pintura nova; que não foram entregues mobília ou decoração na loja; que foi entregue material de vendas no valor de R\$ 30.000,00, em consignação; que também era oferecido expositor e os móveis tinham que ser padronizados, mas esses adquiridos pelo franqueado; que havia um gerente de franquias na fábrica e também gerentes práticos; que os gerentes práticos não controlavam as atividades dos franqueados e seus vendedores, mas somente assessoravam; que as vendas no crédito (cartão de crédito) era diretamente com a ré e no cheque era efetuado ao franqueado e repassado para a ré; que não era obrigatória a passagem de vendedor pela fábrica antes ou após a contratação era apenas uma sugestão da ré para que o vendedor conhecesse os produtos e matéria prima; que não era obrigatório que o franqueado enviasse diariamente o relatório de vendas; que na medida em que fosse vendendo os produtos ia havendo a reposição através de pedidos; que o franqueado tinha total liberdade no preço e prazo, sendo que a ré somente passava sugestões; que não tem conhecimento do valor da remuneração do autor enquanto empregado da Andréia, porque "era uma coisa fechada dela"; que o autor enquanto franqueado auferia de R\$ 1.000,00 a R\$ 5.000,00, dependendo da venda e do preço praticado, valores esse médios; que os pagamentos em cheque e dinheiro e respectivo repasse ficavam a cargo do autor, porque era ele o interessado nas vendas e na lucratividade; que não tinha auditoria na loja franqueada. Nada mais."*

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: *"Que tem balancista na fábrica e o mesmo faz a conferência do material consignado e repassa a fábrica ré; que não tem conhecimento sobre ranking de vendedores. Nada mais."* —

OITIVA DAS TESTEMUNHAS:

Oitiva da primeira testemunha do(a) reclamante: Sr(a) **PAULO ALEXANDRE DA SILVA OLIVEIRA**, brasileiro(a), vendedor, portador(a) da CI/RG n.º 09175776, SSP/MT, residente e domiciliado(a) à Avenida Afonso Pena, n.º 21, Qda 07, Residencial Despraiado, bairro Vila Real, nesta cidade. A testemunha foi contraditada ao fundamento de ter ação em face da empresa e possuir interesse na solução da causa. Inquirida, respondeu que não tem interesse na solução da causa e que tem ação contra a empresa. O advogado da ré esclarece não ter reperguntas a formular e também não tem provas a serem produzidas em relação a contradita.

Adoto os fundamentos mantidos na Súmula 357 do TST e considero que os fatos alegados não restaram provados, motivo pelo qual rejeito a contradita.

Protestos pela ré.

A testemunha é advertida e compromissada.

Às perguntas formuladas pelo(a) MM. Juiz(a), respondeu: *"Que trabalhou na ré de junho de 2005 a julho de 2008; que iniciou como avaliador comercial e passou a gerente prático; que já foi na loja da Generoso Ponce/Isaac Póvoas, onde o autor laborava; que na loja em que o autor laborava o depoente estava na função de gerente prático e tinha a gestão da loja sob sua responsabilidade; que como gerente prático tinha que supervisionava a gestão da loja, sendo que num primeiro momento detectava problemas de gestão e num segundo momento orientava o autor na solução do problema detectado; que o gerente prático ficava de 15 a 30 dias na loja; que o gerente prático mostrava as ações a serem feitas; que, por exemplo, via o lado pessoal dos vendedores e fazia avaliação, sendo que quando verificado que o vendedor não tinha aptidão o depoente orientava o autor para que o vendedor fosse substituído; que quando a loja não tinha atitude pró-venda havia uma avaliação do local e o autor era orientado na atitude a ser tomada; que quando o vendedor ia ser admitido pelo autor tinha que passar obrigatoriamente por um treinamento na fábrica, dando como exemplo a vendedora Geisiane; que a vendedora só poderia ser avaliada pelo avaliador comercial (funcionário da Ortobom) se passasse pelo treinamento; que também ficou como gerente prático na loja do autor; que não poderia abaixar o preço da tabela da ré, pois se vendesse por valor inferior o franqueado tinha que pagar a diferença; que o franqueado tinha que obedecer os prazos estipulados pela ré para fins de parcelamento de compras; que não chegou a presenciar o autor em outro ponto de vendas; que já trabalhou em conjunto com o autor após as 18h para preparar a loja para evento programado para o dia subsequente; que a promoção (evento programado) era efetivado em todas as lojas franqueadas; que a promoção sai para toda a rede; que quando não era efetivada a decoração da promoção havia um questionamento "porque não teve papel picado e a decoração num todo"; que atualmente este preparativo é denominado preparação diária; que o balancista conferia a mercadoria do franqueado, de 15 em 15 dias; que foi fazer acompanhamento na loja do autor de 15 a 30 dias na inauguração e antes de sair de férias e passava habitualmente nas lojas franqueadas para a divulgação de campanhas, e mesmo de folga tinha que comunicar ao seu gerente qualquer irregularidade, situações fora do padrão, constatada em loja, como por exemplo, em loja do shopping. Nada mais."*

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: *"Que já presenciou ocorrer a venda em valor inferior ao preço tabelado e havia a devolução integral do caixa do franqueado; que não viu nenhuma vez ocorrer a persistência do problema; que se a tabela saísse de vigência, o caixa não era mais aceito; que não viu retenção de aluguel do autor, mas já viu o valor do aluguel ser retido de outros franqueados; que a percentagem de aluguel era de 12% independente do valor vendido; que a comissão que passava ao franqueado era de 30% (trinta por cento), sendo que com*

desconto dos 12% chegava a 18% líquido; que o pagamento dos vendedores era efetuado pelos 18% acima mencionados; que existia a pós venda do produto e o cliente era questionado sobre a forma de pagamento, se cheque, cartão de crédito ou dinheiro, sobre parcelamento, sobre cheque próprio ou de terceiro e também o cliente era questionado sobre quais produtos e a quantidade dos mesmos, sendo que, se houvesse divergência pelas informações prestadas pelo cliente e as repassadas pelo pedido, o franqueado era questionado sobre a divergência; que no começo em que o depoente iniciou o trabalho com a ré, o dinheiro de vendas pelo franqueado poderia ser repassado diretamente à indústria e depois de certo tempo, houve determinação da ré para que o pedido fosse acompanhado do recibo de depósito no ato de apresentação do mesmo na fábrica; que a ré não exigia que fosse efetivado um cadastro do cliente em momento anterior ou no momento da venda; que havia sim exigência de preenchimento de formulário "pedido", documento este enviado pela ré aos franqueados, nele constando os seguintes dados: nome (obrigatório), endereço (obrigatório), CPF (obrigatório), não se lembra se tinha o campo do RG, nome do vendedor e respectivo código (obrigatórios), sendo que o código era gerado pela Ortobom, produto (obrigatório) e código conforme tabela (obrigatório); que no formulário não constava a comissão do vendedor; que o repasse do malote com medidos de vendas e devoluções tinha que ser efetivados dentro da semana, sendo que uns franqueados iam diariamente e outros com maior periodicidade (dentro da semana); que tinha ranking de vendedores dentre os franqueados quando ocorriam promoções e dos vendedores dos franqueados, este de forma contínua. Nada mais."

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamado(a), respondeu: *"Que nunca foi passado ao depoente a finalidade do cadastro de clientes; que, quando tem algum problema com o produto vendido ao cliente, este retorna na loja e nem tem ciência da troca do franqueado, com um processo bem burocrático; que é muito raro alguém (outro franqueado) que assuma a responsabilidade daquela loja que teve produto com problema; que já aconteceu de o depoente ver outro franqueado assumir problema de outro que fechou, sendo que o franqueado indicou o depoente na qualidade de gerente prático da indústria e pessoa que poderia resolver o problema do cliente; que geralmente é fornecido pelo franqueado o telefone da fábrica quando ocorre de existir um problema com outro franqueado; que já viu a utilização de cadastro de cliente para a solução de problemas ocorridos com franqueados que fecharam; que não viu acontecer venda acima do preço de tabela da ré, porque as pessoas que iam comprar já tinham passado em duas lojas ao menos; que não tem conhecimento se o autor tinha franquias em Sinop; que o autor não assumiu a franquias de Sinop; que a ré comprava mesa e cadeira para o franqueado e não comprava computador; que acredita que tal fato ocorreu com o autor e que o valor era descontado em parcelas e o revendedor enviava cheques das pessoas ou da empresa que estava em seu nome; que já teve vez de presenciar a não abertura da loja franqueada em função da não apresentação de cheques; que o Gilmar Morato, gerente prático da ré em Campo Grande que estava na loja antes do autor; que a fábrica arcou com os custos da reforma da loja e que o autor estava junto, mas não participava financeiramente, porque a Ortobom contratou uma empreiteira para a reforma; que o revendedor Cristiano, anterior ao autor, entregou a loja e o depoente não sabe o motivo; que não sabe o motivo da ruptura contratual entre o autor e a ré, porque não trabalhava mais na empresa; que não havia penalidade quando a franqueada não fizesse a preparação da loja (papel picado e estrutura), somente a questão de divulgação do insucesso de vendas em reunião com os franqueados. Nada mais."*

PAULO ALEXANDRE DA SILVA OLIVEIRA,

Oitiva da segunda testemunha do(a) reclamante: Sr(a) **CAROLINE GOMES DE CARVALHO**, brasileiro(a), vendedora, portador(a) da CI/RG n.º 1741963-8, SSP/MT, residente e domiciliado(a) à Avenida Castelo Branco, n.º 758, bairro Centro Sul, Várzea Grande/MT.

A testemunha é advertida e compromissada.

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: *"Que manteve contrato com a Ortobom como franqueada; que era descontado 12%, independente do volume/valor de vendas, a título de aluguel; que o desconto era efetuado pela Ortobom; que auferia 30% de comissões, sendo que 12% eram retidos e sobrava 18% para a depoente e para pagar os vendedores; que era obrigatória e tinha que seguir à risca o valor da tabela fornecida pela ré; que tinha que vender em cima do preço da tabela da ré, porque senão descontavam; que a depoente nunca deu desconto acima do permitido pela tabela; que sempre vendia em cima da tabela; que as vendas a crédito eram feitas diretamente em nome da Ortobom; que os pedidos eram encaminhados com os cheques, duas a três vezes na semana tinha que levar na indústria, procedimento este exigido pela Ortobom; que o depósito em dinheiro era efetuado no mesmo dia e o recibo era anexado ao pedido e entregue na empresa; que existia uma ranking de franqueados que a depoente participava e havia um ranking de vendedores que a única vendedora da depoente participava; que era exigência da Ortobom enviar relatório das vendas com informação do nome do vendedor, loja, valor e também o fluxo de clientes nas lojas, os que compravam e os que não compravam; que era exigência da Ortobom preenchimentos dos campos referente aos dados dos clientes no pedidos, tais como RG, CPF, nome completo, endereço; que a reclamada fazia o pós-venda e se houvesse divergência entre as informações do franqueado e do cliente, fazia indagações ao franqueado; que os gerentes práticos da ré entravam na loja da depoente por 2,3,4 e 5 dias e faziam tal procedimento com periodicidade mensal e observavam a organização da loja e em caso de insuficiência de vendas do vendedor, o gerente prático orientava a demissão porque não estava vendendo; que antes de contratar o vendedor a depoente tinha que encaminhar o vendedor para a empresa para fins de treinamento; que a depoente só encaminhou a Elizângela que foi sua vendedora; que quando tinha cheque devolvido esse valor era abatido das comissões futuras. Nada mais."*

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamado(a), respondeu: *"Que ficou 10 meses franqueada; que comprou a franquia do Sr. Leonir; que não comprou produtos para estoque além dos consignados; que para demitir empregados tinha que comunicar a reclamada, esta era a orientação; que o vendedor tinha que ter o perfil e era essa a exigência da ré; que a venda a crédito era efetuada em nome da própria Ortobom; que o valor líquido já era pago no próximo recebimento pela ré, independentemente da venda ter sido efetuada a crédito. Nada mais."*

CAROLINE GOMES DE CARVALHO

Neste momento com a concordância das partes, as testemunhas acima nominadas são dispensadas de assinar a ata e liberadas.

Oitiva da primeira testemunha do(a) reclamado(a): Sr(a) **VALDIRENE GLORIA ALVES CORREA SILVA**, brasileiro(a), comerciante, portador(a) da CI/RG n.º 1007582-8, SSP/MT, residente e domiciliado(a) à Rua Cel. José Augusto Gomes, n.º 73-A, bairro Construmat, Várzea Grande/MT.

A testemunha é advertida e compromissada.

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamado(a) respondeu: *"Que não esteve presente no ato da venda da franquia ao autor; que não presenciou nenhuma*

transação entre autor e ré; que foi na inauguração na loja do autor; que nesse dia somente desejou sucesso ao autor; que teve conversas com o autor antes e depois da inauguração, tudo em torno da franquia; que somente conversou com o autor após a inauguração sobre venda dos produtos da franquia; que a conversa em que teve com o autor antes da inauguração, não havia nenhuma concretização de negócio entre autor e ré; que o autor disse que ia assumir a loja "franquia", "coisa bem objetiva"; que teve um auditor da ré que veio do Rio de Janeiro e ofertou não só a depoente, mas a todos os franqueados uma reforma, inclusive com ar condicionado; que após a inauguração não foi a loja do autor; que comprou a franquia do sr. Rodrigo Silva; que não fez reforma na loja; que quando comprou a loja pagou o valor de R\$ 60.000,00, sendo uma parte diretamente para o sr. Rodrigo R\$ 5.000,00 e R\$ 55.000,00 pagos pela reclamada ao sr. Rodrigo e descontados através de cheques que a depoente entregou para a ré; que pegou a loja do CPA, ao lado do Recanto Gaucho; que não sabe se o toldo que fica exposto no estacionamento da loja foi adquirido pelo Sr. Rodrigo ou pela Ortobom; que a depoente efetivamente pratica preços abaixo e acima da tabela pela ré, mas somente pratica prazos (cartão de crédito até 10 vezes e cheques) até o limite estabelecido pela ré; que não encaminhou todos os consultores para a ré quando da contratação de vendedor, etnã encaminhou a Senhorita Joice para treinamento na ré; que já foi funcionária da Ortobom e tem mais vantagens se utilizar o cartão de crédito em nome da Ortobom, tudo em função do contrato assinado com a empresa ré; que não sabe nada do autor em Sinop; que tem estoque "não muito" além do consignado, que a maior parte é consignado; que o controle do estoque é do produto consignado; que o balancista somente conferia a mercadoria consignada; que as pessoas da ré que compareciam na loja da depoente somente para orientar sobre vendas e aumento da produtividade; que a depoente abre a loja todos os dias e tem autonomia do horário de funcionamento; que a Ortobom não tinha nenhuma exigência de comparecimento da depoente na loja. Nada mais."

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: *"Que em relação aos depósitos em dinheiro, por vezes era depositado na conta da ré e por vezes na conta da depoente; que a depoente tinha que repassar os valores juntamente com os pedidos para a ré; que a depoente tem comissão de 30%; que pagou seu ponto na compra da loja; que o prédio é alugado; que a Ortobom paga o valor do aluguel e desconta da depoente 12%, independente das vendas (se for bem ou se for mal); Nada mais."*

VALDIRENE GLORIA ALVES CORREA SILVA

Neste momento com a concordância das partes, a testemunha acima nominada é dispensadas de assinar a ata e liberada.

Oitiva da segunda testemunha do(a) reclamado(a): Sr(a) **MARIA APARECIDA ALVES DE ALMEIDA**, brasileiro(a), profissão administradora, portador(a) da CI/RG n.º 10939580, SJMT, residente e domiciliado(a) à Rua Tenente Lira, n.º 12, Bloco 1, bairro Dom Aquino, nesta cidade.

A testemunha é advertida e compromissada.

Às perguntas formuladas pela MM. Juiz(a), respondeu: *"Que trabalha na ré, desde 2002; que é gerente financeiro. Nada mais."*

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamado(a) respondeu: *"Que acompanhou a aquisição da franquia pelo autor; que o autor negociou a franquia da Isaac Póvoas com o Cristiano (ex franqueado); que antes do Rafael ser franqueado era funcionário de uma outra franquia; que o autor pagou para o Cristiano pelo ponto e o Rafael pagou, não se recordando o valor; que o Rafael fez empréstimo junto à Ortobom para pagar a referida franquia e não se recorda o valor exato; que o valor da reforma da*

loja do autor foi financiado pela Ortobom; que a reforma foi feita através de financiamento, este custeado pela Ortobom e pago de forma parcelada pelo autor; que o valor repassado a título de restituição é aferido entre o valor pago pelo Rafael à fábrica e o valor que o Rafael repassa ao consumidor final; que restituição é o valor que o franqueado paga o valor do produto consignado.

Nada mais."

Às perguntas formuladas pelo(a) patrono(a) do(a) reclamante, respondeu: *"Que não havia retenção de valor a título de aluguel, este era gratuito fornecido pela Ortobom ao autor. Nada mais."*

testemunha

Neste momento com a concordância das partes, a testemunha acima nominada é dispensadas de assinar a ata e liberada.

Sem mais provas, fica encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Conciliação final recusada.

A pedido, dispense a presença do preposto da ré (CLT 848, § 1º) e do advogado da ré, dispensando-os da assinatura da presente ata, mas cientificando-os da prolação da referida decisão a partir da presente Súmula número 197 do c. TST.

Nesse momento retorna o preposto da ré, para acompanhar a prolação da sentença.

I - RELATÓRIO

O autor aforou ação em face da ré, deduzindo pedidos e causa de pedir encartados às f. 03/27. Atribuiu à causa o valor de R\$ 95.000,00 e juntou documentos.

Em audiência inaugural as partes compareceram, sendo infrutífera a proposta conciliatória inicial, sendo pela empresa apresentada contestação acompanhada de documentos. Pede a ré a decretação de improcedência da ação.

Impugnação pelo autor às f. 671/678, ratificando os pedidos inaugurais e renovando os votos de acolhimento dos mesmos.

Em audiência foram interrogados autor e preposto da ré e ouvidas testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Conciliação final recusada.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. CONTRATO DE FRANQUIA X VÍNCULO DE EMPREGO

Alega o autor que manteve vínculo com a ré de 15/01/08 a 02/04/09, tudo mascarado sob o título de franquia ("simulação do contrato de franquia" - f. 08), alegando que houve violação ao estabelecido pelo artigo 2º, da Lei número 8.955/94. Pede o acolhimento da tese acima, a declaração de vínculo empregatício e o pagamento de verbas encartadas às f. 25/27.

Em sede de contestação, a ré alega a validade, legalidade e legitimidade do contrato de franquia, assinado pelo autor como signatário da contratante empresa RS Comércio de Colchões Ltda - ME e, de outro lado a ré Indústria e Comércio de Espumas e Colchões Cuiabá - Ltda (Ortobom), inclusive com distrato anexado à defesa e com oito cláusulas, firmado em 02/04/09.

Sustenta que a relação entre as pessoas jurídicas foi estritamente comercial e venda entre fábrica e varejista e que "Na verdade, o reclamante está ludibriado pelo assédio de causídicos e bacharéis." (f. 565)

Afirma a ré que "nunca houve acerto, ou pagamento de comissão de venda, ou remuneração fixa, desconto de aluguel etc., seja com a pessoa física do reclamante, ou com a empresa franqueada" e que ... "Outra aberração, que transcende o bom senso, é o valor de R\$ 6.707,98, apontado como recebimento salarial mensal. A reclamada jamais remunerou o reclamante. Nunca houve acerto remuneratório da reclamada para com o reclamante, seja em 30% das vendas, ou 12% ou 18%. ... (f. 565).

SEM RAZÃO A RÉ

A prova dos autos infirma as alegações empresariais e, nesse quadro, deve prevalecer o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, ou seja, desmistificando os contratos formais e adentrando na realidade fática vivenciada pelas partes e desnudada pelo teor dos depoimentos das testemunhas abaixo nominadas:

*"Que trabalhou na ré de junho de 2005 a julho de 2008; que iniciou como avaliador comercial e passou a gerente prático; que já foi na loja da Generoso Ponce/Isaac Póvoas, onde o autor laborava; que na loja em que o autor laborava o depoente estava na função de gerente prático e tinha a gestão da loja sob sua responsabilidade; que como gerente prático tinha que supervisionava a gestão da loja, sendo que num primeiro momento detectava problemas de gestão e num segundo momento orientava o autor na solução do problema detectado; que o gerente prático ficava de 15 a 30 dias na loja; que o gerente prático mostrava as ações a serem feitas; que, por exemplo, via o lado pessoal dos vendedores e fazia avaliação, sendo que quando verificado que o vendedor não tinha aptidão o depoente orientava o autor para que o vendedor fosse substituído; **que quando a loja não tinha atitude pró-venda havia uma avaliação do local e o autor era orientado na atitude a ser tomada; que quando o vendedor ia ser admitido pelo autor tinha que passar obrigatoriamente por um treinamento na fábrica, dando como exemplo a vendedora Geisiane; que a vendedora só poderia ser avaliada pelo avaliador comercial (funcionário da Ortobom) se passasse pelo treinamento; que também ficou como gerente prático na loja do autor; que não poderia abaixar o preço da tabela da ré, pois se vendesse por valor inferior o franqueado tinha que pagar a diferença; que o franqueado tinha que obedecer os prazos estipulados pela ré para fins de parcelamento de compras; que não chegou a presenciar o autor em outro ponto de vendas; que já trabalhou em conjunto com o autor após as 18h para preparar a loja para evento programado para o dia subsequente; que a promoção (evento programado) era efetivado em todas as lojas franqueadas; que a promoção sai para toda a rede; que quando não era efetivada a decoração da promoção havia um questionamento "porque não teve papel picado e a decoração num todo"; que atualmente este preparativo é denominado preparação diária; que o balancista conferia a mercadoria do franqueado, de 15 em 15 dias; que foi fazer acompanhamento na loja do autor de 15 a 30 dias na inauguração e antes de sair de férias e passava habitualmente nas lojas franqueadas ... que não viu retenção de aluguel do autor, mas já viu o valor do aluguel ser retido de outros franqueados; que a percentagem de aluguel era de 12% independente do valor vendido; que a comissão que passava ao franqueado era de 30% (trinta por cento), sendo que com desconto dos 12% chegava a 18% líquido; que o pagamento dos vendedores era efetuado pelos 18% acima mencionados; que existia a pós venda do produto e o cliente era questionado sobre a forma de pagamento, se cheque, cartão de crédito ou dinheiro, sobre parcelamento, sobre cheque próprio ou de terceiro e também o cliente era questionado sobre quais produtos e a quantidade dos mesmos, sendo que, se houvesse divergência pelas informações prestadas pelo cliente e as repassadas pelo pedido, o franqueado era questionado sobre a divergência; que no começo em que o depoente iniciou o trabalho com a ré, o dinheiro de vendas pelo franqueado poderia ser repassado diretamente à indústria e depois de certo tempo,***

houve determinação da ré para que o pedido fosse acompanhado do recibo de depósito no ato de apresentação do mesmo na fábrica; que a ré não exigia que fosse efetivado um cadastro do cliente em momento anterior ou no momento da venda; que havia sim exigência de preenchimento de formulário "pedido", documento este enviado pela ré aos franqueados, nele constando os seguintes dados: nome (obrigatório), endereço (obrigatório), CPF (obrigatório), não se lembra se tinha o campo do RG, nome do vendedor e respectivo código (obrigatórios), sendo que o código era gerado pela Ortobom, produto (obrigatório) e código conforme tabela (obrigatório); que no formulário não constava a comissão do vendedor; que o repasse do malote com pedidos de vendas e devoluções tinha que ser efetivados dentro da semana, sendo que uns franqueados iam diariamente e outros com maior periodicidade (dentro da semana); ... que é muito raro alguém (outro franqueado) que assuma a responsabilidade daquela loja que teve produto com problema; que já aconteceu de o depoente ver outro franqueado assumir problema de outro que fechou, sendo que o franqueado indicou o depoente na qualidade de gerente prático da indústria e pessoa que poderia resolver o problema do cliente; que não viu acontecer venda acima do preço de tabela da ré, porque as pessoas que iam comprar já tinham passado em duas lojas ao menos; ... que a ré comprava mesa e cadeira para o franqueado e não comprava computador; que acredita que tal fato ocorreu com o autor e que o valor era descontado em parcelas e o revendedor enviava cheques das pessoas ou da empresa que estava em seu nome; ... que a fábrica arcou com os custos da reforma da loja e que o autor estava junto, mas não participava financeiramente, porque a Ortobom contratou uma empreiteira para a reforma; (PAULO ALEXANDRE DA SILVA OLIVEIRA, g. n.) "Que manteve contrato com a Ortobom como franqueada; que era descontado 12%, independente do volume/valor de vendas, a título de aluguel; que o desconto era efetuado pela Ortobom; que auferia 30% de comissões, sendo que 12% eram retidos e sobrava 18% para a depoente e para pagar os vendedores; que era obrigatória e tinha que seguir à risca o valor da tabela fornecida pela ré; ... que as vendas a crédito eram feitas diretamente em nome da Ortobom; que os pedidos eram encaminhados com os cheques, duas a três vezes na semana tinha que levar na indústria, procedimento este exigido pela Ortobom; que o depósito em dinheiro era efetuado no mesmo dia e o recibo era anexado ao pedido e entregue na empresa; que existia uma ranking de franqueados que a depoente participava e havia um ranking de vendedores que a única vendedora da depoente participava; que era exigência da Ortobom enviar relatório das vendas com informação do nome do vendedor, loja, valor e também o fluxo de clientes nas lojas, os que compravam e os que não compravam; que era exigência da Ortobom o preenchimento dos campos referente aos dados dos clientes no pedidos, tais como RG, CPF, nome completo, endereço; que a reclamada fazia o pós-venda e se houvesse divergência entre as informações do franqueado e do cliente, fazia indagações ao franqueado; que os gerentes práticos da ré entravam na loja da depoente por 2,3,4 e 5 dias e faziam tal procedimento com periodicidade mensal e observavam a organização da loja e em caso de insuficiência de vendas do vendedor, o gerente prático orientava a demissão porque não estava vendendo; que antes de contratar o vendedor a depoente tinha que encaminhar o vendedor para a empresa para fins de treinamento; que a depoente só encaminhou a Elizângela que foi sua vendedora; que quando tinha cheque devolvido esse valor era abatido das comissões futuras. ... que para demitir empregados tinha que comunicar a reclamada, esta era a orientação; que o vendedor tinha que ter o perfil e era essa a exigência da ré; que a venda a crédito era efetuada em nome da própria Ortobom; que o valor líquido já era pago no próximo recebimento pela ré, independentemente da venda ter

sido efetuada a crédito (CAROLINE GOMES DE CARVALHO, g. n.) "... que o autor pagou para o Cristiano pelo ponto e o Rafael pagou, não se recordando o valor; que o Rafael fez empréstimo junto à Ortobom para pagar a referida franquia e não se recorda o valor exato; que o valor da reforma da loja do autor foi financiado pela Ortobom; que a reforma foi feita através de financiamento, este custeado pela Ortobom e pago de forma parcelada pelo autor; que o valor repassado a título de restituição é aferido entre o valor pago pelo Rafael à fábrica e o valor que o Rafael repassa ao consumidor final; que restituição é o valor que o franqueado paga o valor do produto consignado. ... que não havia retenção de valor a título de aluguel, este era gratuito fornecido pela Ortobom ao autor. (MARIA APARECIDA ALVES DE ALMEIDA, g.n.) Ressalto, ainda, que o depoimento da testemunha **VALDIRENE GLORIA ALVES CORREA SILVA** não transmitiu segurança ao magistrado que a esta subscreve, no momento da colheita da prova, por seus gestos e maneira de se portar, sempre olhando para a direção do preposto da ré e advogado que o acompanhou, como se quisesse aprovação após cada resposta, tudo nos termos do artigo 131 do Código de Processo Civil.

Do conjunto probatório emerge que houve dissimulação contratual para que o contrato de emprego fosse mascarado, ou seja, visou-se no caso concreto absolver a mão de obra do trabalhador e o respectivo despojamento dos direitos garantidos pelos Preceitos Consolidados, conduta vedada pelo artigo 9º, da CLT, in verbis:

9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Também são aplicáveis ao caso o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF); o artigo 170 da CF (A utilização da propriedade observando a valorização do trabalho); a boa fé objetiva que deve nortear os contratos (CC 113) e também o disposto pelo artigo 122 do CC e a observância dos limites contratuais e a vedação do excesso (CC 187).

Sob essa ótica, considero que não existiu contrato de franquia e sim a utilização pela ré de empregados (Sr.Rafael - autor, Senhora Valdirene – ex empregada) para a constituição de empresas ditas franqueadas para a única e exclusiva finalidade de inserir no competitivo mercado os produtos (colchões – aliás de ótima qualidade) e, por certo, conquistando tal qualidade à base de expedientes não admitidos pelo Direito.

Afirmo, ainda, que a ré promovia ingerência em relação ao autor, dito "franqueado", pois havia imposição de treinamento (e avaliação) prévia do vendedor do "parceiro"; havia a subtração/desconto de 12% a título de aluguel, independentemente do valor da vendas; havia um rígido controle de vendas e recebimentos; existiu entre as partes determinação pela ré, dirigida ao autor, de obrigatoriedade de cadastro dos clientes, com todos os dados do mesmo para todos os fins (cobrança, constatação de satisfação, etc), cadastro este veiculado pelo formulario de pedidos entregue aos "franqueados" (DENTRE ESTES O AUTOR), sendo que havia uma averiguação sobre os produtos vendidos, ou seja, uma fiscalização efetiva e um "modus operandi" que manietava o "parceiro franqueado", neste caso o autor. Não havia liberdade. Havia subordinação.

Restou evidente a pessoalidade na prestação de serviços, este elemento denunciado desde o tempo em que o autor era formalmente empregado da empresa e que não teve mudança de "presença", já que tinha que se reportar diariamente à ré, em loja fornecida pela empresa e por esta reformada, tinha que visitar a matriz (indústria) por alguns dias na semana para encontro de contas (dos pedidos, acompanhados dos cheques e recibos de depósitos), já que os pagamentos com cartão de crédito saíam em nome da ORTOBOM. Caracterizada a não eventualidade, também e pelos mesmos fundamentos.

A onerosidade é inconteste. Havia repasse de comissões à base de 30% e destes havia a retenção pela empresa ré de 12%, resultando em 18% para o autor "franqueado", sendo que deste valor o autor efetivava o pagamento dos seus vendedores.

Pelo exposto, considero presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatícios entre as partes, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, no período de 15/01/08 a 02/04/09, tendo a ruptura contratual sido promovida pela empresa, sem justo motivo (Súmula 212 do Colendo TST), exercendo o autor a função de gerente.

Em relação à remuneração, fixo-a em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), conjugando o encargo probatório que competia à ré (CLT 464) e a confissão do autor, no particular.

Deverá o autor, no prazo de, 48 horas a contar do trânsito em julgado da presente, apresentar sua CTPS no balcão da Secretaria para que a ré efetive as anotações pertinentes, obrigação esta a ser cumprida a contar do 5º dia útil subsequente ao trânsito em julgado, devendo devolver o documento profissional no balcão da Secretaria nas 48 horas subsequente. Em caso de não cumprimento pela ré da determinação, determino que a Secretaria efetive tais anotações, sem qualquer menção à origem ou autoria, tudo nos termos do artigo 39, §§ 1º e 2º, da CLT.

Acolho o pedido, em parte, e extingo o feito, com resolução do mérito (CPC 269, I).

2. DIFERENÇAS DE COMISSÕES

Alega o autor serem devidas diferenças de comissões à base de 12%, conforme planilha de f. 18, onde a empresa estava "retendo 12% (doze por cento) a título de pagamento de aluguel do imóvel comercial onde funciona a Loja Franqueada onde o Reclamante trabalhava." (f. 18).

Nesse ponto, **SEM RAZÃO O AUTOR.**

Explico: esta decisão está pautada no Contrato Realidade mantido entre as partes e a utilização de desconto do "aluguel", este mascarado pelo desconto incondicional e inalterável de 12% da comissão de 30% era expediente que visou tão só a subtração dos direitos trabalhistas do autor, expediente este desvendado e desconsiderado pela presente decisão.

Nessa linha de raciocínio, entendo que o contrato entre as partes, na realidade, foi sempre no patamar de 18%, isto é, o autor sempre recebeu à base de 18% as comissões de venda que, após o pagamento dos vendedores, resultava, em média, no valor de R\$ 4.000,00 de sua remuneração mensal.

Rejeito o pedido e extingo o feito, com resolução do mérito (CPC 269, I).

3. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES

Postula o autor a devolução de cheques descontados, no valor de R\$ 3.878,98.

A ré insurge-se em relação ao pleito e pede a improcedência do mesmo.

Considerando a declaração do vínculo de emprego entre as partes e, ainda, que os riscos da atividade empresarial são e devem ser a cargo daquele que assume, assalaria e dirige a prestação de serviço, aplico ao caso o disposto no caput do artigo 2º, da CLT, in litteris:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (g. n.)

Nessa tela, admitir que o autor arque com o pagamento dos cheques devolvidos dos clientes seria o mesmo que transferir ao trabalhador os riscos do negócio. Não, não e não! Aplico ao caso o disposto no artigo supracitado e, também, o disposto pelos artigos 113, 122 e 187 do Código Civil.

O valor de R\$ 3.878,98 não foi impugnado em contestação, motivo pelo qual consolidou-o como valor do débito (devolução de cartões)

Acolho o pedido e extingo o feito, com resolução do mérito (CPC 269, I).

4. FÉRIAS + 1/3

Assevera ter direito ao pagamento de férias + 1/3 do período de 15/01/08 a 02/04/09, pedindo o autor a condenação da empresa ré na referidas parcelas. Considerando a declaração do vínculo de emprego, esta estampada no capítulo 1, em função do disposto nos artigos 7º, XVII e artigos 134 e 145 da CLT, devido o pagamento de férias + 1/3, ao autor

Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período.

Parágrafo único - O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias.

Inexistente recibo de pagamento das parcelas em comento, condeno a ré a pagar ao autor férias no importe de R\$ 4.000,00 + 1/3 no importe de R\$ 1.333,33 do período de 15/01/08 a 14/01/09 e R\$ 1.000,00 + 1/3 R\$ 333,33, estes últimos valores relativos ao período de férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, tudo considerando o período de 15/01/09 a 02/05/09 (4/12 avos) em função da inteligência da OJ número 82 da SDI-1, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Estes valores sofrerão correção monetária e incidência de juros.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito.

5. GRATIFICAÇÃO NATALINA

Assevera ter direito ao 13º salário de 2008 (integral) e 2009 de forma proporcional, postulando o autor a condenação da empresa ré na referidas parcelas.

Considerando a declaração do vínculo de emprego, esta estampada no capítulo 1, em função do disposto nos artigos 7º, VIII e artigos 1º e 2º, ambos da Lei número 4.090, devido o pagamento de gratificação natalina pela ré ao autor. Inexistente recibo de pagamento das parcelas em comento, condeno a ré a pagar ao autor 13º salário de 2008 no importe de R\$ 4.000,00 e de 2009 (4/12 avos) no valor de R\$ 1.333,33 de 1º/01/09 a 02/05/09 em função da inteligência da OJ número 82 da SDI-1, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Estes valores sofrerão correção monetária e incidência de juros.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito.

6. AVISO PRÉVIO

Deduziu o autor o pedido de aviso prévio, este construído sob a permissão de vínculo de emprego mantido com a ré.

Considerando a declaração do vínculo de emprego, esta estampada no capítulo 1, devido o pagamento de aviso prévio pela ré ao autor, em função do disposto no artigo 487, § 1º da CLT, ora transcrito:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

§ 1º - **A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado**

o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

Inexistente recibo de pagamento das parcelas em comento, condeno a ré a pagar ao autor aviso prévio, no importe de R\$ 4.000,00. Este valor sofrerá correção monetária e incidência de juros.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

7. FGTS + 40%

Considerando o vínculo de emprego declarado no interreino de 15/01/08 a 02/04/09, devidos os depósitos de FGTS no referido lapso, tendo como base de cálculo a remuneração mensal do autor (R\$ 4.000,00) e conjugada com a alíquota de 8%, tudo nos termos do artigo 15 da Lei número 8.036.

De igual forma, em função da ruptura contratual promovida pelo empregador, devida a multa de 40% sobre o saldo fundiário devido pela empresa, tudo em conformidade e pelos parâmetros ditados pelo § 1º, do artigo 18 da Lei número 8.036.

Em função de extinção do pacto laboral, infrutífero o depósito fundiário em conta vinculada, motivo pelo qual determino a indenização direta (FGTS + 40% - do período contratual e das rescisórias) pela empresa ao autor.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

8. MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT

Indevida a multa do artigo 467 da CLT, visto que ao apresentar a contestação, com negativa de vínculo empregatício, a empresa controverteu e negou a existência qualquer pagamento rescisório.

Rejeito o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

9. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT

Divergindo do consolidado posicionamento adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho que, em casos tais quais o presente, não defere a multa pretendida pelo auto, com o devido respeito e atento ao alto posicionamento edificado em orientação jurisprudencial, ousou discordar e entendo que a decisão tem efeitos "ex tunc", isto é, declara a existência de fatos e o seu respectivo enquadramento às normas vigente ao tempo da contratação.

No caso vertente, conforme declarado pelo capítulo 1, houve vínculo de emprego e até o presente momento não foram quitadas verbas rescisórias, premissas que embasam a declaração de violação dos prazos estabelecidos pelo § 6º do artigo 477 da CLT e aplicação da multa prevista no § 8º da referida norma, a saber:

Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (g. n.)

§ 1º - (omissis)

§ 2º - (omissis)

§ 3º - (omissis)

§ 4º - (omissis)

§ 5º - (omissis)

§ 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos: (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou

b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

§ 7º - (omissis)

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

Em função do exposto, condeno a ré a pagar ao autor multa do artigo 477 da CLT (§ 8º), no importe de R\$ 4.000,00.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

9. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

Empregador e empregado arcarão com os custos de contribuição social da presente condenação (CF 195), sendo que a cota devida por aquele será agregada à execução e a deste debitada de seu crédito bruto.

Extingo o feito com resolução do mérito (CPC 269, I).

10. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não tem espaço, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios pretendidos e postulados com a inicial, posto que vigora o "ius postulandi" e, ainda, somente são deferidos os assistenciais quando a parte hipossuficiente está assistida pelo Sindicato de sua categoria, tudo em obediência aos requisitos previstos nos artigos 14 e 16 da Lei número 5.584.

Adoto os fundamentos especificados nas Súmulas números 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e rejeito o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

11. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Atendidos os pressupostos fáticos, considerando que o trabalhador é hipossuficiente, concedo ao autor os benefícios da Justiça gratuita, com base nos incisos XXXIV e XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República e artigo 790, § 3º, da CLT.

Acolho o pedido e extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

III - CONCLUSÃO

Posto isso, nos autos da ação número 00629.2009.008.23.00-1 em que RAFAEL ANISIO DE CASTRO LIMA figura como autor e INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESPUMAS E COLCHÕES CUIABÁ LTDA está alocada no pólo passivo, JULGO PROCEDENTES, EM PARTE, OS PEDIDOS apresentados, fixando os dados contratuais (cf. capítulo 1), concedendo ao trabalhador os benefícios da Justiça gratuita e condenando a ré a pagar ao

autor as verbas abaixo discriminadas (extinguindo os pedidos com resolução do mérito - CPC 269, I):

- a) aviso prévio;
- b) Férias + 1/3 (integral e proporcional);
- c) 13ºs salários (2008 e 2009 proporcional);
- d) FGTS + 40% (do período contratual e das rescisórias);
- e) multa do artigo 477, § 8º da CLT; e
- f) devolução de cheques.

Rejeito os demais pedidos, extinguindo-os com resolução do mérito (CPC 269, I).

Deverá o autor, no prazo de, 48 horas a contar do trânsito em julgado da presente, apresentar sua CTPS no balcão da Secretaria para que a ré efetive as anotações pertinentes, obrigação esta a ser cumprida a contar do 5º dia útil subsequente ao trânsito em julgado, devendo devolver o documento profissional no balcão da Secretaria nas 48 horas subsequente. Em caso de não cumprimento pela ré da determinação, determino que a Secretaria efetive tais anotações, sem qualquer menção à origem ou autoria, tudo nos termos do artigo 39, §§ 1º e 2º, da CLT.

Liquidação por simples cálculos.

Juros e correção monetária na forma do disposto pelo artigo 883 da CLT, artigo 39, § 1º, da Lei número 8.177, Súmulas 200, 211 e 307 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, além da aplicação das tabelas de correção deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

Imposto de renda a ser retido na disciplina do artigo 46 da Lei n. 8.541.

Empregador e empregado arcarão com os custos de contribuição social da presente condenação (CF 195), sendo que a cota devida por aquele será agregada à execução e a deste debitada de seu crédito bruto.

Para fins do estabelecido pelo § 3º, do artigo 832 da CLT, as parcelas encartadas nas letras "a" e "c" têm natureza salarial e as das letras "b", "d", "e" e "f" têm natureza indenizatória.

Os cálculos de liquidação contendo o valor da condenação devidamente atualizado, e contendo o valor de custas da condenação e custas de liquidação, será juntado aos autos em 10/09/2009 às 18h59m, cientes as partes (Súmula 197 do c. TST) para fins de início da contagem do prazo recursal.

Incidentes as disposições da Lei número 11.232.

Nada mais. Encerrada às 21h06m.

RENATO DE MORAES ANDERSON

Juiz do Trabalho

Reclamante / Autor (a) Reclamado / Réu

Advogado(a) do reclamante / autor (a) Advogado(a) do Reclamado / Réu

LIZIANE FERREIRA LESMO BARCELOS

Secretária de Audiências

ANEXO XI – VOTO DO MINISTRO RELATOR AYRESBRITO NA DISCUSSÃO
SOBRE CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO

V O T O

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator):

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o **descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º 2 da Lei nº 5.034/2007), equipara “à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes”¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, a perda de objeto dessa presente ação. **Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

1 Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º – “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes”.

3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e**

lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

4. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI.** Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção.** Com o que este Plenário terá bem 4 mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a referência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”.**

O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

“(…)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, resolva presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99” (ADPFQO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)”.

“Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO n° 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.” (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.”

6. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em “verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente” (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, verbi gratia, os institutos da família, do casamento, da entidade familiar, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a “posição mais abrangente” da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADIMC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (caput do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele apresentada (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI n° 4.277-DF, por consequência.**

7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo “homoafetividade”, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou 8parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito.

Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se ‘homossexualismo’. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (Homoafetividade: um novo substantivo)”.

9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do “Dicionário Aurélio”² Verbete de .que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u’a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”³

2 “Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.” (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

3 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF), 4 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da heteroafetividade, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º**⁴ O .artigo, versante sobre os “objetivos fundamentais” da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

11. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação

entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**

13. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parêntese com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-políticocultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

14. Mas é preciso lembrar que o substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada

ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (The king can do no wrong). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”.

15. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

16. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de “sexo”. **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado**. Mas “sexo” ou “aparelho sexual” como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas**. “Instinto sexual ou libido”, como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas “fisiológicas” de todo indivíduo.

17. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve 16por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagrada do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo empareirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁵ O que também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato Grosso⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. Que não tem nada a ver – repita-se à exaustão – com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

5 Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”. Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “Os Estados-membros são incitados a adotar “políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo.”

6 ‘Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: (...)

II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.”

7 “Art. 10 – O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes: (...)III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição”

19. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo**

pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.** No particular, o derramamento de bÍlis que tanto prejudica a produção dos neurônios é coisa dos homens; não dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. (“...)

20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.** Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em estado de alerta, para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

21. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação

peçoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

8 “Art. 1º – Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”

22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I – sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

23. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídicofundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, verbis: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais,** a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

24. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.** Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo

mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de e-mails, por exemplo).

25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I – a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresse, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II – Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da postura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;**

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativoconstitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria

de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão in natura que o poetacantor Caetano Veloso bem traduziu na metafórica locução “bruta flor do querer”. E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição; IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). Pouco importando, nesta última suposição, **que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo.** É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela nirvânica aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: na matemática do amor, um mais um... é igual a um;

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas 28(o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.** Por conseqüência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade.** Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como péticos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonha aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais sub judice.

27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social” (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado**, verbis: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”(caput do ar. 226). Em sequência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua celebração” (§1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher com entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); h) “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227).

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros

dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais **permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.** Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

29. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo **núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”,** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”).** Que termina sendo o alcance de uma

forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de locomotiva social ou cadinho em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spinozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender”.

31. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

32. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refirome a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”;

II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência **familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritos, no original).

33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também

não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.**

Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas 38idasas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

34. Assim interpretando por forma **não reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem:

“O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.

35. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, literis: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a última pá de cal. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de papel passadotraduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sociocultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, com pompa e circunstância e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁹ e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, ao fim e ao cabo, esse tipo de prestígio constitucional redundava em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

9 “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento “

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela batizado de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Onde a necessidade de se aclarar:

II.1. – que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”;

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade**. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro;

II.3. que a terminologia “entidade familiar” não significa algo diferente de “família”, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão “entidade familiar” não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistiu essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família “mais ou menos” (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova “entidade familiar”, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos**. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das “entidades associativas” (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em “entidade de classe” (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), “entidades governamentais” (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII),

“entidades sindicais” (alínea c do inciso III do art. 150), “entidades beneficentes de assistência social” (§7º do art. 195), “entidades filantrópicas” (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma “entidade ... familiar”**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de “entidades autárquicas” (inciso I do §1º do art. 144) as suas “autarquias” (§3º do art. 202). Assim como chamou de “entidade federativa” §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa “Federação” (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que “entidade autárquica” não é “autarquia”, nem “entidade federativa” é algo diferente de “Federação”. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família morreria com seu antigo marido. Baixaria ao túmulo com ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.